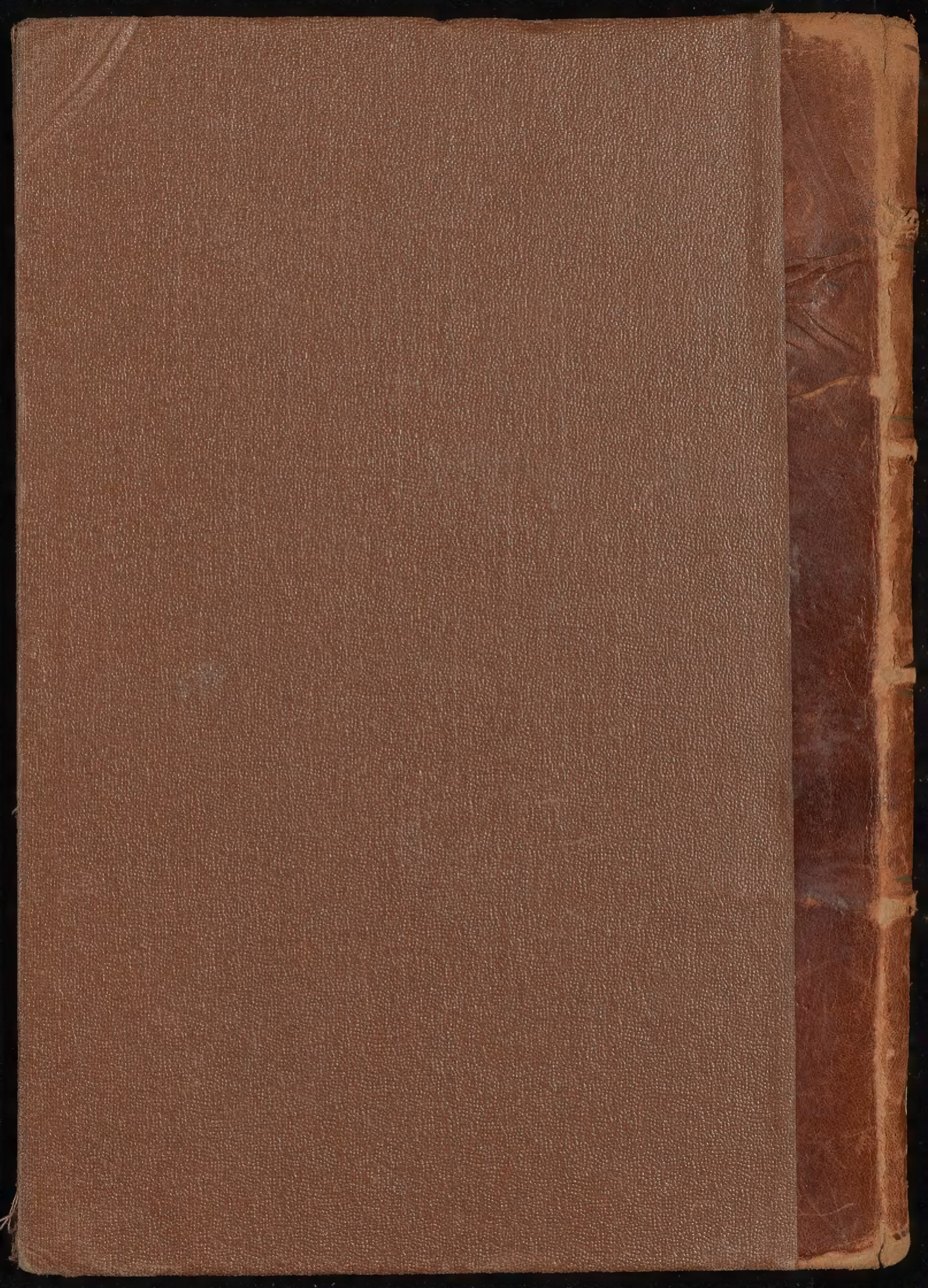
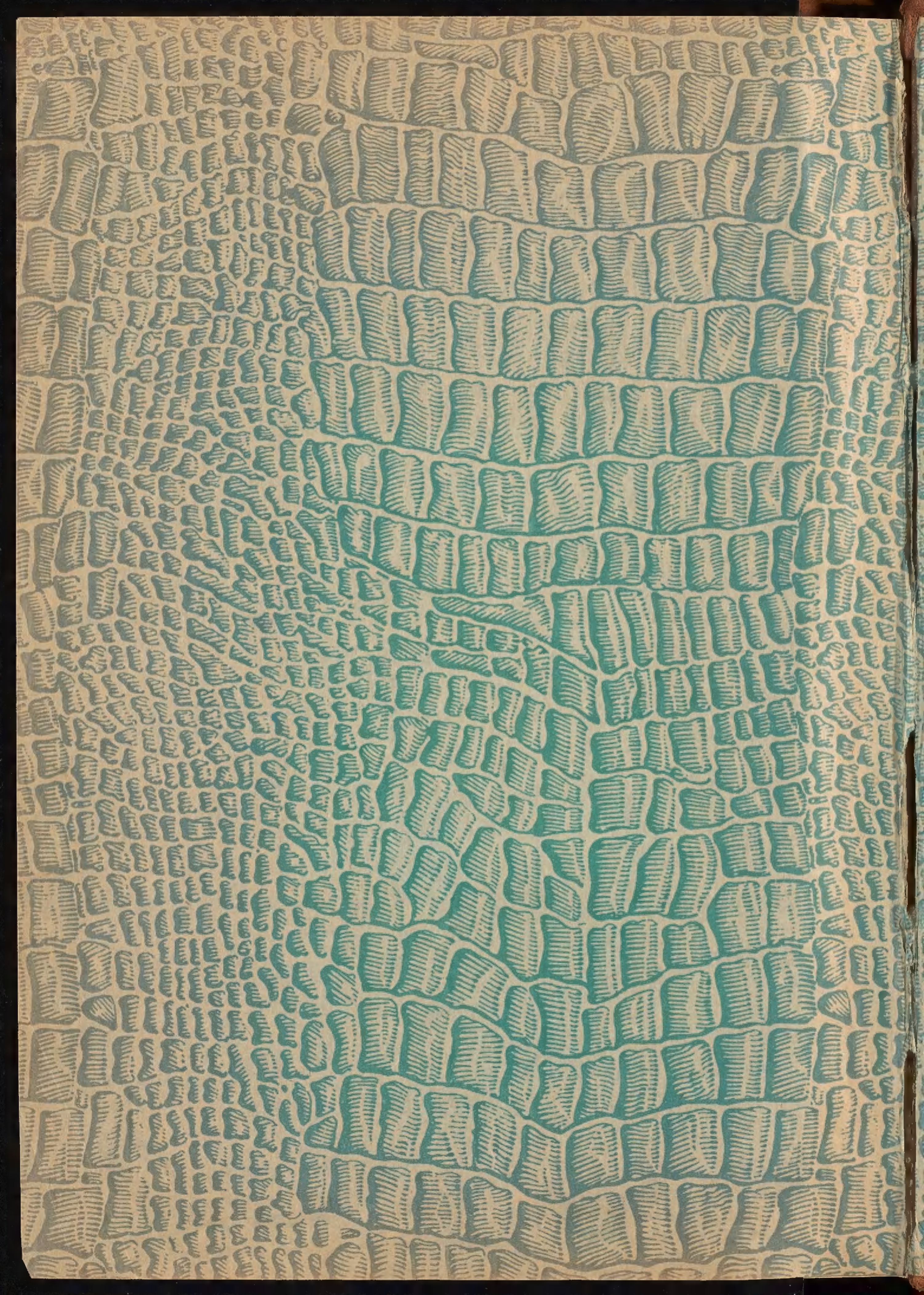
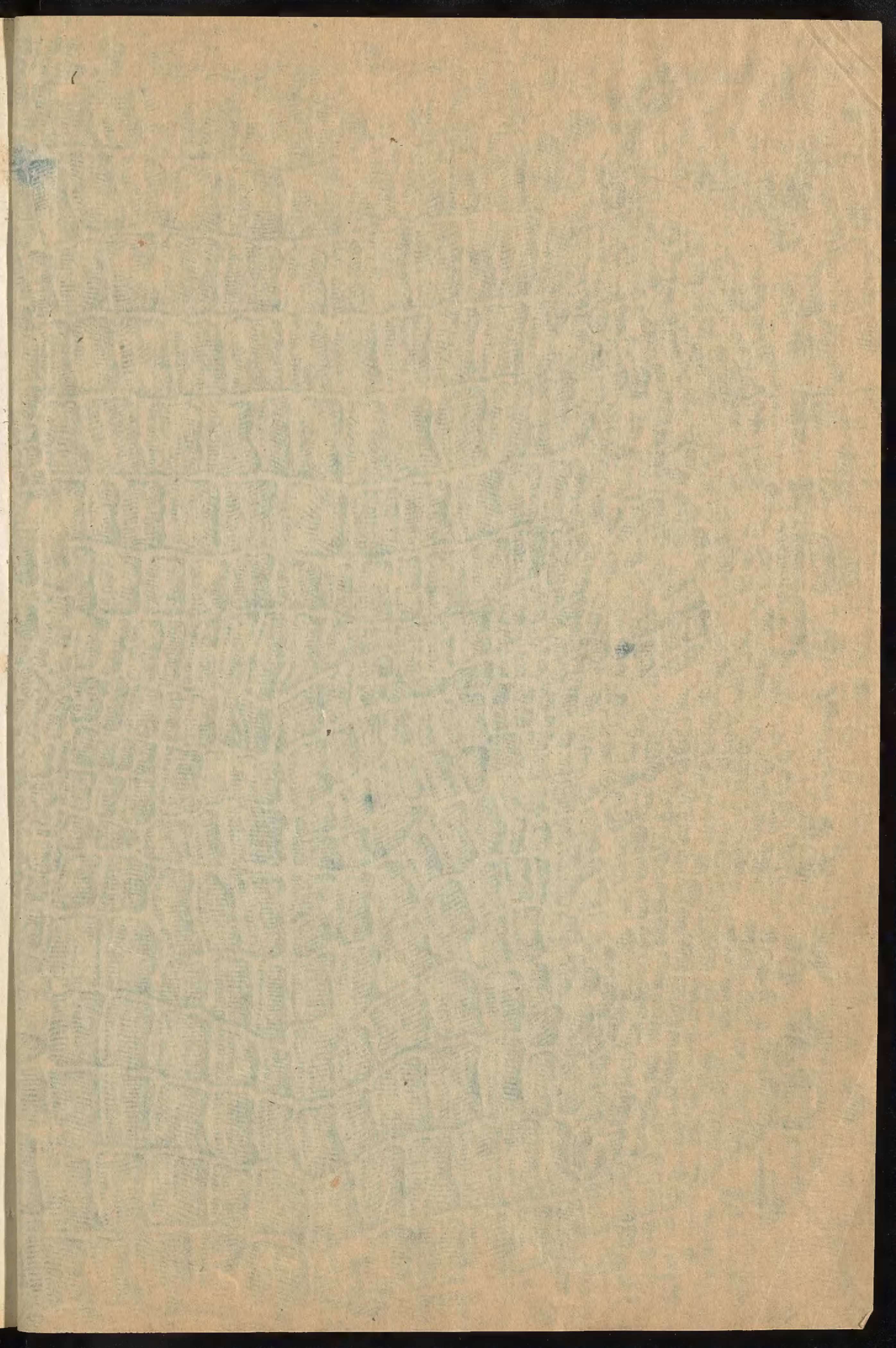






القواعد

للحافظ أبي الفرج عبد الرحمن بن رجب الحنبلي المتوفى سنة ٧٩٥

في الفقه الاسلامي

الطبعة الاولى ١٣٥٢ هـ - ١٩٣٣ م

بنفقة الشيخ الجليل فوزان السابق

و

مكتبة الخانجي

لاصحابها أولاد محمد أمين الخانجي

بشارع عبد العزيز بمصر

مطبعة الصدق الخيرية بمصر

كلمة للناشر

الحافظ ابن رجب الحنبلى من كبار رجال العلم فى المائة الثامنة ، فقيه ، محدث ، واعظ ، مؤرخ. له فى هذه العلوم جميعها مؤلفات مشهورة لها مكانتها عند العلماء وقد طبع منها الكثير [وكتابه القواعد] هذا الذى نقدمه للقراء الكرام ورواد العلم وعشاق المعرفة من أجود كتبه واندرها وجودا يدل على معرفة تامة بالمذهب .

وكنت احتفظت منه بنسختين فيهما خروم ابتغاء طبعه ولما يئست من اكمالها بعتهما لدار الكتب المصرية اذ هى خزانة العلم فى الشرق جميعه معتزما البحث والتنقيب عن نسخة كاملة وقد شاء الله تحقيق هذه النية الصالحة فعثرت على نسخة كاملة قديمة لاتتجاوز مخطوطات عهد المؤلف

وقديما كان الشيخ الجليل فوزان السابق معتمد المملكة العربية السعودية بالقاهرة ايدها الله بنصر من عنده يمد لنا يد المساعدة على نشر مثل هذه الاسفار الجليلة خدمة للعلم وابتغاء مرضاة الله تعالى ولما عرضت على حضرته رغبتى فى طبع هذا الأثر النادر الكثير الفائدة سارع حفظه الله تعالى الى المساعدة بنصف نفقات طبعه

فها نحن نقدمه للقراء الكرام بعد معارضة نسختنا المحفوظة بيدنا على نسختى دار الكتب المرصودتين تحت رقمى ٧١١ ، ٧١٢ من فن الأصول والاشارة الى ما بينهما وبين نسختنا من اختلاف بأسفل الصفحة والذى بين المربعين [ ] زيادة عن نسختنا مع العناية بدقة التصحيح وجودة الورق وحسن الوضع ، ومن الله جل شأنه نستمد التوفيق والاعانة ؟

محمد أمين

تحريرا فى أوائل المحرم سنة ١٣٥٢
الموافق شهر مايو سنة ١٩٣٣

بسم الله الرحمن الرحيم

(رب يسر وأعن)

قال الشيخ الامام العالم العلامة أبو الفرج زين الدين عبد الرحمن بن رجب الحنبلى تغمده الله برحمته وأسكنه فسيح جنته .

الحمد لله الذى مهد قواعد الدين بكتابه المحكم ، وشيد معاقد العلم بخطابه وأحكم ، وفقه فى دينه من أراد به خيراً من عباده وفهم ، وأوقف من شاء على ماشاء من أسرار مراده وألهم ، فسبحان من حكم فاحكم ، وحلل وحرم ، وعرف وعلم ، علم بالقلم علم الانسان مالم يعلم ، وأشهدان لا إله إلا الله وحده لاشريك له شهادة تهدى الى الطريق الأقوم ، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله المخصوص بجوامع الكلم وبدائع الحكم ، وودائع العلم والحلم والكرم ، صلى الله عليه وعلى آله وصحبه وسلم .

« اما بعد » فهذه قواعد مهمة وفوائدجمة ، تضبط للفقيه أصول المذهب، وتطلعه من مآخذ الفقه على ماكان عنه قد تغيب . وتنظم له منثور المسائل فى سلك واحد، وتقيدله الشوارد، وتقرب عليه كل متباعد ، فليمعن (١) الناظر فيه النظر، وليوسع العذر ان اللبيب من عذر. فلقد سنح بالبال على غاية من الاعجال ، كالارتجال او قريبا من الارتجال ، فى ايام يسيرة وليال . ويأبى الله العصمة لكتاب غير كتابه ، والمنصف من اغتفر قليل خطأ المرء فى كثير صوابه ، والله المسئول ان يوفقنا لصواب القول والعمل ، وأن يرزقنا اجتناب أسباب الزيغ والزلل ، انه قريب مجيب لمن سأل، لايخيب من إياه رجا وعليه توكل .

﴿ القاعدة الأولى ﴾

الماء الجارى هل هو كالراكد أوكل جرية منه لها حكم الماء المنفرد . فيه خلاف فى المذهب ينبنى عليه مسائل :

(أحدها) لو وقعت فيه نجاسة فهل يعتبر مجموعه، فان كان كثيرا لم ينجس بدون تغير والا نجس او تعتبر كل جرية بانفرادها فان بلغت قلتين لم ينجس والا نجست . فيه روايتان

(١) فليمعن: د

حكاهما الشيرازى وغيره (والثانية) المذهب عند القاضى والثانية لو غمس الاناء النجس فى ماء جار ومرت عليه سبع جريات فهل ذلك غسلة واحدة أو سبع غسلات ، على وجهين : حكاهما أبو الحسن بن الغازى تلميذ الآمدى ، وذكر أن ظاهر كلام الأصحاب أن ذلك غسلة واحدة، وفى شرح المذهب للقاضى : أن كلام أحمد يدل عليه، وكذلك لو كان ثوباً ونحوه وعصره عقيب كل جرية. (والثالثة) لو انغمس المحدث حدثا أصغر فى ماء جار للوضوء ومرت عليه أربع جريات متوالية فهل يرتفع بذلك حدثه أم لا . على وجهين: أشهرهما عند الأصحاب أنه يرتفع (١) حدثه. وقال أبو الخطاب فى الانتصار : ظاهر كلام أحمد أنه لا يرتفع حدثه لأنه لم يفرق بين الجارى والراكد. قلت: بل نص أحمد على التسوية بينهما فى رواية محمد بن الحكم، وأنه اذا انغمس فى دجلة فانه لا يرتفع حدثه حتى يخرج حدثه مرتباً (والرابعة) لو حلف لا يقف فى هذا الماء وكان جاريا لم يحنث عند ابى الخطاب وغيره، لأن الجارى يتبدل ويستخلف شيئا فشيئا، فلا يتصور الوقوف فيه. وقياس المنصوص انه يحنث، لاسيما والعرف يشهد له والأيمان مرجعها الى العرف، ثم وجدت القاضى فى الجامع الكبير ذكر نحو هذا [والله اعلم] .

﴿ القاعدة الثانية ﴾

شعر الحيوان فى حكم المنفصل عنه لا فى حكم المتصل، وكذلك الظفر . هذا هو جادة المذهب ويتفرع على ذلك مسائل :

(منها) اذا مس شعر امرأة بشهوة لم ينتقض وضوؤه ، وكذلك ظفرها أو مسها بظفره او شعره (٢) ولهذه المسألة مأخذ آخر : وهو أن هذه الأجزاء ليست بمحل للشهوة الأصلية ، وهى شرط لنقض الوضوء عندنا (ومنها) ان الشعر لا ينجس بالموت ولا بالانفصال على المذهب، وكذا ماطال من الظفر على احتمال فيه ، أما على المشهور فان انفصل من آدمى لم ينجس على الصحيح ومن غيره ينجس ، لأنه كانت فيه حياة ثم فارقته حال انفصاله فمنعه الاتصال من التنجيس فاذا انفصل زال المانع فنجس (ومنها) غسله فى الجنابة والحدث . فاما الجنابة ففى وجوب غسله وجهان والذى رجحه صاحب المغنى وذكر انه ظاهر كلام الخرقى عدم الوجوب طرداً للقاعدة، ومن أوجبه فيقول: وجب تعبدا. نعم ان كان وصول الماء الى البشرة لا يمكن بدون غسله وجب لضرورة وجوب ايصال الماء الى ماتحته ، واما فى الحدث الأصغر فلا يجب غسل المسترسل منه على الصحيح، واما المحاذى لمحل الفرض فيجزىء امرار الماء على ظاهره اذا كان كثيفا، لأن ايصال الماء

---

(١) يرفع (٢) بشعره

الى الحوائل فى الوضوء كاف وان لم تكن متصلة بالبدن اتصال خلقة كالخف والعمامة والجبيرة فالمتصل خلقة أولى (ومنها) لواضاف طلاقا أو عتاقا أوظهارا إلى الشعر أو الظفر لم يثبت به الطلاق ولا العتاق ولا الظهار على الأصح (ومنها) لو كان جيبه واسعا ترى منه عورته فى الصلاة لكن له لحية(١) كبيرة تستره فالمذهب أنه يكفيه فى الستر ، قال فى المغنى : نص عليه مع أنه قرر فى كتاب الحج أن الستر بالمتصل كاليد ونحوها الافدية فيه . وخالفه صاحب شرح الهداية وقال: هو ستر فى الموضعين وتردد فيه القاضى فى شرح المذهب فجزم تارة بان الستر بالمتصل ليس بستر فى الاحرام ولا فى الصلاة ثم ذكر نص أحمد ورجع إلى أنه ستر فى الصلاة دون الاحرام ، لأن القصد فى ستر الصلاة تغييب لون البشرة وفى الاحرام انما يحرم الستر بما يستر به عادة. فاما إيجاب الفدية به وضمانه من الصيد وتحريم نظره على الأجنبى ، فلما يتعلق بجملة البدن من از القجماله وتأذى الصيد بترويعه واثبات اليد عليه ، وهو ممتنع ، والافتتان بالمرأة ولهذا لو انفصل شعر المرأة جاز النظر اليه على ظاهر كلام ابى الخطاب فى الانتصار وحكى صاحب التلخيص فيه وجهين .

﴿ القاعدة الثالثة ﴾

من وجبت عليه عبادة فأتى بما لو اقتصر على مادونه لأجزأه هل يوصف الكل بالوجوب أو قدر الاجزاء منه. ان كانت الزيادة متميزة منفصلة فلا اشكال فى أنها نفل بانفرادها كاخراج صاعين منفردين فى الفطرة ونحوها(٢) ، وأما ان لم تكن متميزة ففيه وجهان مذكوران فى أصول الفقه وينبنى عليه مسائل :

(منها) اذا أدرك الامام فى الركوع بعد فوات قدر الاجزاء منه هل يكون مدركا له فى الفريضة . ظاهر كلام القاضى وابن عقيل تخريجها على الوجهين اذا قلنا لا يصح اقتداء المفترض بالمتنفل قال ابن عقيـــل ويحتمل أن تجرى الزيادة مجرى الواجب فى باب الاتباع خاصة اذ الاتباع قد يسقط الواجب كما فى المسبوق ومصلى الجمعة من امرأة وعبد ومسافر (ومنها) اذا وجب عليه شاة فذبح بدنة فهل كلها واجبة أو سبعها. على وجهين (ومنها) اذا أدى عن خمس من الابل بعيرا وقلنا يجزيه فهل الواجب كله او خمسه الواجب. حكى القاضى ابو يعلى الصغير فيه وجهين : فعلى القول بأن خمسه الواجب يجزىء عن عشرين بعيرا ايضا ، وعلى الآخر لا يجزىء عن العشرين الا أربعة ابعرة (ومنها) اذا مسح رأسه كله دفعة واحدة وقلنا الفرض منه قدر الناصية فهل الكل فرض أو قدر الناصية منه (ومنها) اذا اخرج فى الزكاة سنا اعلى من

(١) بنسخة الدارجبة وهو تصحيف (٢) بالأصل ونحوه

الواجب فهل كله فرض أو بعضه تطوع ، قال ابو الخطاب كله فرض وقال القاضى بعضه تطوع وهو الصواب ، لأن الشارع اعطاه جبرانا عن الزيادة ، فاما ماكان الأصل فرضيته ووجوبه ثم سقط بعضه تخفيفا فاذا فعل الأصل وصف الكل بالوجوب على الصحيح ، فمن ذلك اذا صلى المسافر أربعا فان الكل فرض فى حقه. وعن أبى بكر أن الركعتين الأخيرتين تنفل(١) لايصح اقتداء المفترض به فيهما وهو متمش على اصله وهو عدم اعتبار نية القصر ، والمذهب الأول ومنه اذا كفر الواطئ فى الحيض بدينار فان الكل واجب وان كان له الاقتصار على نصفه ذكره فى المغنى ، ويتخرج فيه وجه من قول أبى بكر فاما ان غسل رأسه بدلا عن مسحه وقلنا بالاجزاء ففى السائل منه وجهان احدهما انه مستعمل فى رفع حدث لأن الاصل هو الغسل وانما سقط تخفيفا ، والثانى وهو الصحيح انه طهور لأن الغسل مكروه فلا يكون واجبا وقد يقال والاتمام فى السفر مكروه أيضا .

﴿ القاعـــدة الرابعة ﴾

العبادات كلها سواء كانت بدنية أو مالية أو مركبة منهما لايجوز تقديمها على سبب وجوبها ويجوز تقديمها بعد سبب الوجوب وقبل الوجوب أوقبل شرط الوجوب ويتفرع على ذلك مسائل كثيرة :

(منهـا) الطهارة سبب وجوبها الحـدث وشرط الوجوب فعـل العبـادة المشترط لها الطهارة فيجوز تقديمهـا عـلى العبادة ولو بالزمن الطويل بعد الحدث (ومنها) الصـلاة فيجوز تقـديم صلاة العصر الى وقت الظهر ، والعشاء الى وقت المغرب لأن الشارع جعل الزوال سببا لوجوب الصـلاتين عند العذر دون عدمه ، ولهذا لو ادرك جزءا من وقت الزوال ثم طرأ عليه عذر لزمه قضاء الصلاتين على احـدى الروايتين ، ولو زال العذر فى آخر وقت العصر لزمه الصلاتان بلا خلاف عندنا فعلم ان الوقتـــين قد صارا فى حال العذر كالوقت الواحد ، لكنه وقت جواز بالنسبة الى احداهما ووجوب بالنسبـة الى الأخرى (ومنها) صلاة الجمعة فان سببها اليوم لأنها تضاف اليـه فيجوز فعلها بعـد زوال وقت النهى من أول اليوم وان كان الزوال هو وقت الوجوب (ومنـها) زكاة المال يجوز تقديمها من أول الحول بعد كمال النصاب (ومنـها) كفارات الاحرام اذا احتيج اليها للعذر فان العذر سببها فيجوز تقديمها بعد العذر وقبل فعل المحظور (ومنها) صيام التمتع والقران فان سببه العمرة السابقة للحج فى أشهره ، فبالشروع فى احرام العمرة

---

(١) الأخريين نفل : د

قـــد وجد السبب فيجوز الصيام بعده وان كان وجوبه متاخرا عن ذلك . وأما الهـــدى فقد التزمه أبو الخطاب فى انتصاره،ولنا رواية أنه يجوز ذبحه لمن دخل قبل العشر لمشقة حفظه عليه الى يوم النحر وعلى المشهور لايجوز فى غير أيام النحر لأن الشرع خصها بالذبح (ومنها) كفارة اليمين يجوز تقديمها على الحنث بعد عقد اليمين مالية كانت أو بدنية (ومنها) اخراج كفارة القتل او الصيد بعد الجرح وقبل الزهوق (ومنها) النذر المطلق نحو ان شفى الله مريضى فلله على أن أتصدق بكذا. فله أن يتصدق فى الحال ذكره ابن عقيل فى فنونه .

ويلتحق بهذه القاعدة مايجوز تقديمه على شرط وجوبه بعد وجود سببه من غير العبادات ، كالابراء من الدية بين الجناية والموت وأمامن القصاص ففيه روايتان وكتوفية المضمون عنه للضامن الدين بين الضمان والأداء وفيه وجهان وكعفو الشفيع عن الشفعة قبل البيع وفيه روايتان ، فان سبب الشفعة الملك وشرطها البيع ، وأما اسقاط الورثة حقهم من وصية الموروث فى مرضه فالمنصوص عن أحمد انه لايصح وشبهه فى موضع بالعفو عن الشفعة ، فخرجه الشيخ مجد الدين فى تعليقه على الهداية على روايتين وكـايتاء (١) المكاتب ربع الـكتابة بعد عقدها وقبل كمال الأداء وهو جائز.

﴿ القاعـــدة الخامسة ﴾

من عجل عبادة قبل وقت الوجوب ثم جاء وقت الوجوب وقد تغير الحـال بحيث لو فعل المعجل فى وقت الوجوب لم يجزئه فهل تجزئه أم لا هذا على قسمين :

(احدهما) أن يتبين الخلل فى نفس العبادة بان يظهر وقت الوجوب ان الواجب غير المعجل ولذلك صور (منها) اذا كفر بالصوم قبل الحنث ثم حنث وهو موسر قال صاحب المغنى لا يجزئه لأنا تبينا ان الواجب غير ماأتى به واطلاق الأكثر[ين] مخالف لذلك لأنه كـان فرضه فى الظاهر فبرىء به وانحلت يمينه بمعنى انها لم تبق منعقدة بالتكفير فصادف فعل المحلوف عليه ذمة بريئة من الواجب فلم يحصل به الحنث ، لأن الكفارة حلته. وقد صرح ابو بكر عبد العزيز بأن الكفارة قبل الفعل تحل اليمين المنعقدة وبعده تكـفر أثر المخالفة (ومنها) اذا كـفر المتمتع بالصوم ثم قدر على الهدى وقت وجوبه فصرح ابن الزاغونى فى الاقناع بانه لايجزئه الصوم واطلاق الأكـثرين يخالفه ، بل وفى كلام بعضهم تصريح به وربمـا أشعر كلام أحمد بذلك لأن صومه صح فبرئت ذمته به فصادف وقت وجوب الهدى ذمة بريئة من عهدة الواجب (ومنها) اذا عجل عن اربع وعشرين من الابل اربع شياه ثم نتجت واحدة

(١) كايفاء : د

قبل الحول ففيه وجهان احدهما : لايجزئه ويجب عليه اخراج بنت مخاض . والثانى يجزئه عن العشرين ويخرج عن الباقى خمس بنت مخاض ولايقال انه يجب عليه شاة عن الخمس الزائدة التى لم يؤد عنها لئلا يفضى الى ايجاب خمس شياه عن خمس وعشرين (ومنها) اذا صلى الصبي فى أول الوقت ثم بلغ ففى وجوب الاعادة وجهان المنصوص انه يجب واختار القاضى فى شرح المهذب خلافه لأنه فعل المأمور به فى أول الوقت فصادفه وقت الوجوب وقد فعل المأمور فامتنع تعلق الوجوب به لذلك ، وهذا بخلاف ما إذا حج ثم بلغ فان حجه ليس بمأمور به ولا معاقب على تركه بخلاف الصلاة .

(والقسم الثانى) ان يتبين الخلل فى شرط العبـــادة المعجلة فالصحيح انه يجزئه ويتفرع عليه مسائل (منها)اذا عجل الزكاة الى فقير مسلم فحال الحول وقد مات أو ارتد او استغنى من غيرها (ومنها) اذا جمع بين الصلاتين فى وقت اولاهمـا بتيمم ثم دخل وقت الثانية وهو واجد للماء (ومنها) اذاقصر الصلاتين فى السفر فى وقت أولاهما ثم قدم قبل دخول وقت الثانية .

﴿ القاعـــدة السادسة ﴾

إذا فعل عبادة فى وقت وجوبها يظن انها الواجبة عليه ثم تبين بأخرة ان الواجب كان غيرها فانه يجزئه ولذلك صور :

منها اذا أحج المعضوب (١) عن نفسه ثم برىء فانه يجزئه على المذهب لأنه فعل الواجب عليه فى وقته لاسيما ان قيل ان ذلك عليه على الفور (ومنها) اذا كفر العاجز عن الصيام بالاطعام للاياس من برئه ثم عوفى فانه لا يلزمه قضاء الصوم(ومنها)اذا ارتفع حيضها لاتدرى مارفعه فانها تعتد عندنا سنة فاذا اعتدت سنة ثم رأت الحيض لم يلزمها الاعتداد به (ومنها) اذا صلى الظهر من لاجمعة عليه لأجل العذر ثم زال العذر قبل تجميع الامام فانه لايلزمه إعادة الجمعة مع الامام ، واما ماحكى عن أبى بكر أنه لايجزئه فعل الظهر قبل تجميع الامام فمن الأصحاب من بناه على هذا الأصل وانه تجب الاعادة لتبيننا ان الواجب عليه الجمعة ، وليس هذا مأخذ أبى بكر فانه صرح بمأخذه وهو ان وقت الظهر فى حق من لاجمعة عليه انما يدخل بفعل الجمعة من الأمام كما لا يدخل وقت الذبح فى الأضاحى الا بعد صلاة الامام .

---

(١) المعضوب : الزمن الذى لاحراك به

ويلتحق بهذه القاعدة ما إذا خفى الاطلاع على خلل الشرط ثم تبين ، فانه يغتفر فى الأصح .
(فمن ذلك) اذا أدى الزكاة الى من يظنه فقيراً فبان(١) أنه غنى فانها تسقط على أصح الروايتين (ومنها)إذاصلى المسافر بالاجتهاد الى القبلة ، ثم تبين الخطأ فانه لااعادة على الصحيح (ومنها)اذاحكم الحاكم بشهادة عدلين فى الظاهر ثم تبين فسقهما ففى النقض روايتان، رجح ابن عقيل فى الفنون(٢) عدمه ، وبه جزم القاضى فى كتاب الصيد من خلافه . والآمدى لئلا ينقض الاجتهاد بالاجتهاد والمشهور النقض لتعلق حق الغير به . واما اذا اصطاد بكلب علمه(٣) ثم أكل من الصيد فانه لاتحرم صيوده المتقدمة على الصحيح ، لكن مأخذه انالم نتبين فساد تعليمه لجواز أن يكون نسيه بعد تعلمه اونسى ارساله ، فأما الاعادة على من نسى الماء فى رحله وتيمم ثم صلى اوعلى من صلى صلاة شدة الخوف لسواد ظنه عدوا فلم يكن اوكان بينه وبينه مايمنع العبور فانه مبنى على انه فرط بترك البحث والتحقيق .

﴿القاعـــدة السابعة﴾

من تلبس بعبادة ثم وجد قبل فراغها ما لو كان وأجدا له قبل الشروع لكان هو الواجب دون ماتلبس به ، هل يلزمه الانتقال اليه أم يمضى ويجزئه .هذا على ضربين :

(أحدهما)أن يكون المتلبس به رخصة عامة شرعت تيسيرا على المكلف وتسهيلا عليه مع امكان اتيانه بالأصل على ضرب من المشقة والتكلف . فهذا لا يجب عليه الانتقال منه بوجود الأصل كالمتمتع اذا عدم الهدى فانه رخص له فى الصيام رخصة عامة ، حتى لو قدر على الشراء بثمن فى ذمته وهو موسر فى بلده لم يلزمه .

(الضرب الثانى) أن يكون المتلبس به انما شرع ضرورة للعجز عن الأصل وتعذره بالكلية فهذا يلزمه الانتقال الى الاصل عنـد القدرة عليه ولو فى اثناء التلبس بالبدل كالعدة بالأشهر فانها لاتعتبر بحال مع القدرة على الاعتداد بالحيض ، ولهذا تؤمر من ارتفع حيضها لعارض معلوم أن تنتظر زواله ولو طالت المدة، وانما جوز لمن ارتفع حيضها لاتدرى مارفعه أن تعتـــد بالأشهر لأن حيضها غير معلوم ولا مظنون عوده . وسواء كانت هذه المعتـــدة مكلفة قبل هذا بالاعتداد بالحيض كمن ارتفع حيضها لاتدرى مارفعه فاعتدت بالأشهر ثم حاضت فى أثنائها ، أولم تكن مكلفة به كالصغيرة اذا حاضت فى اثناء العدة بالأشهر .

(١) ثم بان : د (٢) فنونه : د (٣) معلم علمه : د ٧١١

وهاهنا مسائل كثيرة مترددة بين الضربين :

(منها) من شرع فى صيام كفارة ظهار أو يمين أوغيرها ثم وجد الرقبة ، فالمذهب لايلزمه الانتقال لأن ذلك رخصة ، فهو كصيام المتمتع . وفيه وجه يلزمه الانتقال لأن الكفارات مشروعة للردع والزجروفيها من التغليظ ماينافى الرخصة المطلقة،ولهذا يلزم شراء الرقبة بثمن فى الذمة اذا كان ماله غائباً، ولو لم يجد من يبيعه رقبة بالدين وماله غائب فهل يلزمه انتظاره أو يجوز له العدول الى الصيام للمشقة أو يفرق بين الظهار وغيره على أوجه معروفة (ومنها) المتيمم اذا شرع فى الصلاة ثم وجد الماء ففى بطلانها روايتان ،لأن التيمم من حيث كونه رخصة عامة فهو كصيام المتمتع،ومن حيث كونه ضرورة يشبه العدة بالأشهر. وبيان الضرورة أنه تستباح معه الصلاة بالحدث فانه غير رافع له على المذهب فلا يجوز اتمام الصلاة محدثا مع وجود الماء الرافع له (ومنها) اذا نكح المعسر الخائف للعنت أمة ثم زال احد الشرطين، فهل ينفسخ نكاحه . على روايتين والنكاح فيه شوب عبادة .

﴿ القاعـــدة الثامنة ﴾

من قدر على بعض العبادة وعجز عن باقيها هل يلزمه الاتيان بماقدر عليه منها أم لا. هذا أقسام:

(احدها)ان يكون المقدور عليه ليس مقصودا فى العبادة بل هو وسيلة محضة اليها كتحريك اللسان فى القراءة وامرار الموسى على الرأس فى الحلق والختان ،فهذا ليس بواجب لأنه انما وجب ضرورة القراءة والحلق والقطع، وقد سقط الأصل فسقط ماهو من ضرورته . واوجبه القاضى فى تحريك اللسان خاصـة وهو ضعيف جدا .

(القسم الثانى) ماوجب تبعا لغيره وهو نوعان :

(احدهما) ماكان وجوبه احتياطا للعبادة ليتحقق حصولها كغسل المرفقين فى الوضوء فاذا قطعت اليد من المرفق هل يجب غسل رأس المرفق الآخر أم لا على وجهين : اشهرهما عنـد الأصحاب الوجوب، وهو ظاهر كلام أحمد. واختيار(١) القاضى فى كتاب الحج من خلافه انه يستحب وحمل كلام أحمد على الاستحباب . هذا اذا بقى شيء من العبادة كما فى وضوء الأقطع، اما اذا(٢) لم يبق شيء بالكلية سقط التبع كامساك جزء من الليل فى الصوم فلا يلزم من أبيح له الفطر بالاتفاق (والثانى) ماوجب تبعا لغيره على وجه التكميل واللواحق مثل رمى الجمار والمبيت بمنى لمن لم يدرك

(١) واختار : د (٢) أماان : د

الحج ، فالمشهور انه لا يلزمه لأن ذلك كله من توابع الوقوف بعرفة، فلا يلزم من لم يقف بها. وحكى ابن أبي موسى رواية أخرى بلزومها ، لأنها عبادات فى نفسها مستقلة ، ومن أمثلة ذلك: المريض اذا عجز فى الصلاة عن وضع وجهه على الأرض وقدر على وضع بقية أعضاء السجود ، فانه لا يلزمه ذلك على الصحيح، لأن السجود على بقية الأعضاء انما وجب تبعاً للسجود على الوجه وتكميلا له.

(والقسم الثالث) ماهو جزء من العبادة وليس بعبادة فى نفسه بانفراده، اوهو غير مأمور به لضرورة(١) (فالأول) كصوم بعض اليوم لمن قدر عليه وعجز عن اتمامه فلا يلزمه بغير خلاف . (والثانى) كعتق بعض الرقبة فى الكفارة فلا يلزم القادر عليه اذا عجز عن التكميل لأن الشارع قصده تكميل العتق مهما أمكن ، ولهذا شرع السراية والسعاية(٢) وقال ، ليس لله شريك ، فلا يشرع عتق بعض الرقبة.

(القسم الرابع) ماهو جزء من العبادة وهو عبادة مشروعة فى نفسه فيجب فعله عند تعذر فعل الجميع بغير خلاف ، ويتفرع عليه مسائل كثيرة :

(منها) العاجز عن القراءة يلزمه القيام لأنه وان كان مقصوده الأعظم القراءة لكنه ايضا مقصود فى نفسه وهو عبادة منفردة (ومنها) من عجز عن بعض الفاتحة لزمه الاتيان بالباقى (ومنها) من عجز عن بعض غسل الجنابة لزمه الاتيان بما قدر منه لأن تخفيف الجنابة مشروع ولو بغسل اعضاء الوضوء كما يشرع للجنب اذا أراد النوم او الوطء او الأكل ويستبيح (٣) به اللبث فى المسجد عندنا ووقع التردد فى مسائل آخر .

(منها) المحدث اذا وجد ما يكفى بعض اعضائه ففى وجوب استعماله وجهان ، ومأخذ من لا يراه واجبا إما ان الحدث الأصغر لا يتبعض رفعه فلا يحصل به مقصود، أو أنه يتبعض لكنه يبطل بالاخلال بالموالاة فلا يبقى له فائدة ، أو ان غسل بعض أعضاء المحدث غير مشروع بخلاف غسل بعض أعضاء الجنب كما تقدم (ومنها) اذا قدر على بعض صاع فى صدقة الفطر فهل يلزمه اخراجه على روايتين ، ومأخذ عدم الوجوب انه كفارة بالمال فلا يتبعض كما لو قدر على التكفير باطعام بعض المساكين والصحيح الوجوب، والفرق بينه وبين الكفارة من وجهين (احدهما) ان الكفارة بالمال تسقط الى بدل هو الصوم بخلاف الفطرة (والثانى) ان الكفارة لابد من تكميلها والمقصود ، من التكفير بالمال تحصيل احدى المصالح الثلاث على

---

(١) لضرره : د (٢) السعاية الترخيص للعبد الذى عتق سيده بعضه ان يسعى فى فكاك مابقى من رقه فيعمل ويكسب و يصرف ثمنه الى مولاه ، والسراية هي الحكم بسريان عتق باقيه تبعا لعتق بعضه السابق (٣) فيستبيح : د

وجهها وهى العتق والاطعام والكسوة ، وبالتلفيق يفوت ذلك فلا تبرأ الذمة من الوجوب الا بالاتيان باحدى الخصال بكمالها او بالصيام وفى الفطرة لا تبرأ الذمة منها بدون اخراج الموجود .

﴿ القاعـــدة التاسعة ﴾

فى العبادات الواقعة على وجه محرم . ان كان التحريم عائداً الى ذات العبادة على وجه يختص بها لم يصح . وان كان عائدا الى شرطها فان كان على وجه يختص بها فكذلك أيضا ، وان كان لا يختص بها ففى الصحة روايتان اشهرهما عدمها ، وان عاد الى ماليس بشرط فيها ففى الصحة وجهان واختار أبو بكر عدم الصحة وخالفه الا كثرون فللاول أمثلة كثيرة :

(منها) صوم يوم العيد فلا يصح بحال على المذهب (ومنها) الصلاة فى أوقات النهى (ومنها) الصلاة فى مواضع النهى فلا يصح على القول بأن النهى للتحريم وانما يصح على القول بأن النهى للتنزيه . هذه طريقة المحققين وان كان من الأصحاب من يحكى الخلاف فى الصحة مع القول بالتحريم (ومنها) صيام أيام التشريق فلا يصح تطوعا بحال ، والخلاف فى صحة صومها فرضا مبنى على ان النهى هل يشمل الفرض أم يختص التطوع وللثانى أمثلة كثيرة :

(منها) الصلاة بالنجاسة وبغير سترة وأشباه ذلك وللثالث امثلة كثيرة :

(منها) الوضوء بالماء المغصوب (ومنها) الصلاة فى الثوب المغصوب والحرير وفى الصحة روايتان ، وعلى رواية عدم الصحة فهل المبطل ارتكاب النهى فى شرط العبادة ، ام ترك الاتيان بالشرط المأمور به . للاصحاب فيه مأخذان ينبنى عليهما لو لم يجد الا ثوباً مغصوبا فصلى فيه فان عللنا بارتكاب النهى لم تصح صلاته ، وان عللنا بترك المأمور صحت لأنه غير واجد لسترة يؤمر بها ، وأما من لم يجد الا ثوب حرير فتصح صلاته فيه بغير خلاف على أصح الطريقين لاباحة لبسه فى هذه الحال (ومنها) الصلاة فى البقعة المغصوبة وفيها الخلاف وللبطلان مأخذان أيضا ، أحدهما ان البقعة شرط للصلاة ولهذا لا تصح الصلاة فى الأرجوحة ولا على بساط فى الهواء . والثانى أن حركات المصلى وسكناته فى الدار المغصوبة هو نفس المحرم فالتحريم عائد الى نفس الصلاة وان كان غير مختص بها فهو كاخراج الزكاة والهدى من المال المغصوب وللرابع أمثلة :

(منها) الوضوء من الاناء المحرم (ومنها) صلاة من عليه عمامة غصب أو حرير او فى يده خاتم ذهب وفى ذلك كله وجهان واختيار أبى بكر عدم الصحة ، وأما من عليه ثوبان أحدهما

غصب فقيل هو مخرج على هذين الوجهين، وقيل بل هو كمن ليس عليه سوى الثوب المغصوب لأن المباح لم يتعين للستر بل الستر حصل بواحدغير معين. وأما الحج بالمال المغصوب ففى صحته روايتان فقيل لأن المال شرط لوجوبه وشرط الوجوب كشرط الصحة ورجح ابن عقيل الصحة وجعله من القسم الرابع ومنع كون المال شرطا لوجوبه لأنه يجب على القريب بغير مال وليس بشيء، فانه شرط فى حق البعيد خاصة، كما ان المحرم شرط فى حق المرأة دون الرجل والله أعلم.

﴿ القاعـــدة العـاشرة ﴾

الألفاظ المعتبرة فى العبادات والمعاملات.

(منها) مايعتبر لفظه ومعناه وهو القرآن لاعجازه بلفظه ومعناه، فلا تجوز الترجمة عنه بلغة أخرى (ومنها) مايعتبر معناه دون لفظه كألفاظ عقد البيع وغيره من العقود وألفاظ الطلاق (ومنها) مايعتبر لفظه مع القدرة عليه دون العجز عنه ويدخل تحت ذلك صور:

(منها) التكبير والتسبيح والدعاء فى الصلاة لاتجوز الترجمة عنه مع القدرة عليه، ومع العجز عنه هل يلحق بالقسم الأول فيسقط او بالثانى فيأتى به(١) بلغته، على وجهين (ومنها) خطبة الجمعة لاتصح مع القدرة بغير العربية على الصحيح وتصح مع العجز (ومنها) لفظ النكاح ينعقد مع العجز بغير العربية ومع القدرة على التعلم فيه وجهان (ومنها) لفظ اللعان وحكمه حكم لفظ النكاح.

﴿ القاعـــدة الحادية عشر ﴾

من عليه فرض هـل له ان يتنفل قبل أدائه بجنسه ام لا . هـذا نوعان:

(احدهما) العبادات المحضة فان كانت موسعة جاز التنفل قبل أدائها كالصلاة بالاتفاق وقبل قضائها أيضا كقضاء رمضان على الأصح وان كانت مضيقة لم تصح على الصحيح ولذلك صور:

(منها)اذا تضايق وقت المكتوبة هل ينعقد التنفل [المطلق] حينئذ على وجهين (ومنها) من عليه صلاة فائتة هل يصح التنفل المطلق قبل قضائها . على وجهين لأن قضاء الفوائت على الفور (ومنها) اذا شرع فى التنفل بعد اقامة الصلاة المكتوبة فهل تصح على وجهين لأن الجماعة واجبة (ومنها) صوم رمضان لايصح ان يصوم فيه عن غيره فان فعل لم يصح عن نفله، وهل ينقلب عن فرضه ينبنى على وجوب نية التعيين (ومنها) اذا حج تطوعا قبل حجة الاسلام لم يقع عن

(١) فيه : نسختنا

التطوع وانقلبت عن حجة الاسلام على المذهب الصحيح (ومنها) لو حج عن نذره او عن نفل وعليه قضاء حجة فاسدة وقعت عن القضاء دون مانواه على المذهب أيضاً ، فأما ان تنفل بالحج بعد قضاء حجة الاسلام وقبل الاعتمار او بالعكس فهل يجوز ام لا . قال فى التلخيص ينبنى على أن النسك هل هو على الفور ام لا ، فان قلنا على الفور لم يجز والا جاز وفيه نظر . وأما الزكاة فقال الأصحاب يصح ان يتنفل بالصدقة قبل أدائها وان كانت على الفور وكذلك نص أحمد فى رواية مُهَنَّاً فيمن عليه زكاة ونذر لا يبالى بأيهما يبدأ ، وهذا اذا كان ماله يتسع لهما فاما ان لم يتسع فسنذكره .

(النوع الثانى) التصرفات المالية كالعتق والوقف والصدقة والهبة اذا تصرف بها وعليه دين ولم يكن حجر عليه فالمذهب صحة تصرفه وإن استغرق ماله فى ذلك واختار الشيخ تقى الدين رحمه الله انه لاينفذ شئ من ذلك مع مطالبة الغرماء ، وحكاه قولا فى المذهب ويمكن تخريجه فى المذهب من أصلين :

(أحدهما) مانص عليه احمد رحمه الله فى رواية حنبل فيمن تبرع بماله بوقف اوصدقة وأبواه محتاجان ان لهما رده واحتج بالحديث المروى فى ذلك .

(والثانى) أنه نص فى رواية أخرى على من أوصى لأجانب وله أقارب محتاجون ان الوصية ترد عليهم فتخرج من ذلك انمن تبرع وعليه نفقة واجبة لوارث او دين ليس له وفاء انه يرد ولهذا يباع (١) المدبر فى الدين خاصة على رواية ، ونقل ابن منصور عن أحمد فيمن تصدق عند موته بماله كله قال هذا مردود لو كان فى حياته لم أجوز له اذا كان له ولد .

﴿ القاعـــدة الثانية عشر ﴾

المذهب ان العبادات الواردة على وجوه متعددة يجوز فعلها على جميع تلك الوجوه الواردة فيها من غير كراهة لبعضها وان كان بعضها افضل من بعض ، لكن هل الأفضل المداومة على نوع منها أو فعل جميع الأنواع فى أوقات شتى ، ظاهر كلام الأصحاب الأول ، واختار الشيخ تقى الدين رحمه الله ، الثانى لأن فيه اقتداء بالنبي صلى الله عليه وسلم فى تنوعه وقال (٢) ابن عقيل فى صلاة الخوف إنها تنوعت بحسب المصالح فتصلى فى كل وقت على صفة تكون مناسبة له وهل الأفضل الجمع بين ماأمكن جمعه من تلك الأنواع او الاقتصار على واحد منها . هذا فيه نزاع فى المذهب

---

(١) نبيع : نسختنا الدار (٢) وقاله : نسختنا د

ويندرج تحت ذلك صور :

(منها) مسح الأذنين المذهب أنه يستحب مسحهما مرة واحدة إما مع الرأس أو بماء جديد ولا يسن الجمع بينهما وحكى عن القاضى عبد الوهاب بن جلبة قاضى حران أن الافضل الجمع بينهما عملا بالحديثين (ومنها) الاستفتاح فالمذهب ان الأفضل الاستفتاح بسبحانك اللهم مقتصرا عليه واختار ابن هبيرة ان الجمع بينه وبين الاستفتاح بوجهت وجهى افضل ، وذكر الشيخ تقى الدين رحمه الله انه يستفتح كذلك ، ولكن ورد فى الجمع احاديث متعددة وفيها ضعف وبتقدير ثبوتها فلا تكون المسألة من هذا القبيل (ومنها) اجابة المؤذن هل يشرع فيها الجمع بين الحيعلة والحوقلة ام لا وكذا فى التثويب فى الفجر فيه وجهان (ومنها) سنة الجمعة بعدها نقل ابراهيم الحربى عن أحمد رحمه الله أنه قال : أمر النبي صلى الله عليه وسلم بأربع ركعات وصلى هو ركعتين فأيهما فعلت فحسن وان اردت ان تحتاط صليت ركعتين وأربعا جمعت فعله وامره وهذا مأخذ غريب لاستحباب الست ، وأما الأصحاب فلم يستندوا الا الى مانقل عن بعض الصحابة من صلاته ست ركعات (ومنها) ألفاظ الصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم فى التشهد فانه قد ورد فيها كما صليت على آل ابراهيم وورد كما صليت على ابراهيم فهل يقال الأفضل الجمع بينهما فان من الأصحاب من اختار الجمع بينهما وقد يكون مستنده جمع الروايتين وأنكر الشيخ رحمه الله ذلك وقال لم يبلغنى فيه حديث مسند ثابت بالجمع بينهما ولا يصح أن يجمع بين الروايتين لأنه كان يقول هذا تارة وهذا تارة فأحد اللفظين بدل عن الآخر ولا يصح الجمع بين البدل والمبدل كذا قال ، وقد ثبت فى صحيح البخارى الجمع بينهما من حديث كعب ابن عجرة وأخرجه النسائى من حديث كعب ايضا ومن حديث أبى طلحة (١).

﴿القاعدة الثالثة عشر﴾

اذا وجدنا اثر معلولا لعلة ووجدنا فى محله علة صالحة له ، ويمكن ان يكون الأثر معلولا لغيرها لكن لا يتحقق وجود غيرها ، فهل يحال ذلك الأثر على تلك العلة المعلومة ام لا فى المسألة خلاف ولها صور كثيرة قد يقوى فى بعضها الاحالة وفى بعضها العدم ، لأن الأصل أن لا علة سوى هذه المتحققة وقد يظهر فى بعض المسائل الاحالة عليها فيتوافق الأصل الظاهر ، وقد يظهر الاحالة على غيرها فيختلفان .

(١) حديث طلحة : د .

(فمن صور المسألة) ماذا وقع فى الماء نجاسة ثم غاب عنه ثم وجده متغيرا فانه يحكم بنجاسته عند الأصحاب احالة للتغيير(١) على النجاسة المعلوم وقوعها فيه، والأصل عدم وجود مغير غيرها وخرج بعض المتأخرين فيه وجها آخر أنه طاهر من مسألة الصيد الآتية والأولى أولى لأن الأصل طهارة الماء فلا يزال عنها بالشك (ومنها) ماذا وجد من النائم قبل نومه سبب يقتضى خروج المذى منه من تفكر(٢) او ملاعبة ونحوهما ثم نام واستيقظ ووجد بللا لم يتيقنه منياً ولم يذكر حلما فان المنصوص عن احمد رحمه الله أنه لاغسل عليه احالة للخارج على السبب المتيقن وهو المقتضى لخروج المذى لأن الأصل عدم وجود غيره وقد تيقن وجوده وحكى عن أحمد رحمه الله رواية أخرى بوجوب الغسل (ومنها) لو جرح صيداً جرحاً غير مُوَحّ(٣) ثم غاب عنه ووجده ميتا ولا أثر فيه غير سهمه فهل يحل أكله على روايتين اصحهما انه يحل لحديث عدى بن حاتم والثانية لا يحل لقول ابن عباس رضى الله عنهما كل ما أصميت ودع ما أنميت(٤) ولذلك تسمى مسألة الاصماء والانماء ، وفيه رواية ثالثة ان غاب عنه ليلة لم يحل والا حل وفيه حديث مرفوع وفيه ضعف، وعلل بأن هوام الليل كثيرة(٥) فكأن الظاهر هنا وهو وجود سبب آخر حصل منه الزهوق قوى على الأصل وهو عدم اصابة غير السهم له (ومنها) لو جرح المحرم صيدا جرحا غير موح ثم غاب عنه ثم وجده ميتاً فهل يضمنه كله أو أرش الجرح على وجهين وجزم بعض الأصحاب بضمان ارش الجرح فقط لأنه المتيقن والأصل براءة الذمة (ومنها) لو جرح آدميا معصوما جرحا غير موح ثم مات وادعى أنه مات بسبب غير سراية جرحه وأنكر الولى فالقول قول الولى مع يمينه ولم يحك أكثر الأصحاب فى ذلك خلافا احالة للزهوق على الجرح المعلوم، وفى المجرد أنه ان مات عقيب الجرح فالقول قول الولى وان مات بعد مدة يندمل الجرح فى مثلها . فان قامت بينة بأنه لم يزل ضمنا(٦) من الجرح حتى مات فكذلك والا فالقول قول الجانى وفيه وجه آخر أن القول قول الولى (ومنها) لو قال لأمته ولها ولد هذا الولد منى، فهل يثبت بذلك استيلاد الأمة على وجهين (احدهما) نعم لأنا لانعلم سببا يتحقق به لحوق النسب [هنا] غير ملك اليمين فيحال اللحوق عليه فيستلزم ذلك ثبوت الاستيلاد فى الأمة (والثانى) لا لاحتمال استيلاده قبل ذلك فى نكاح اووطء شبهة (ومنها) لو ادعى رق مجهول النسب فشهدت له بينة أن أمته ولدته ولم تقل فى ملكه فهل يحكم له به على وجهين

---

(١) للتغير : د (٢) تفكير : د (٣) يقال وحَّى فلان ذبيحته إذا ذبحها ذبحاً سريعاً (٤) الاصماء أن ترمى الصيد فتقتله على المكان بعينه قبل أن يغيب عنه، والانماء أن ترميه فيغيب عنه ولا تراه وتجده ميتاً (٥) كثير : د (٦) الضمنة بضم الضاد المرض والضمن بفتحها مع كسر الميم الزمن والمبتلى فى جسده .

رجح الشيخ مجد الدين أنها ان شهدت أن أمته ولدته ونحو ذلك مما فيه اضافة الولد الى الأمة المضافة اليه حكم له بالولد ، فان(١) لم يكن كذلك بأن شهدت أن هذا ولد هذه الأمة وأن أمه ملك له لم يحكم له بالولد (ومنها) لو قال رجل : هذا ابنى من زوجتى وادعت زوجته ذلك وادعته امرأة أخرى فهو ابن الرجل وهل ترجح زوجته على الأخرى على وجهين : أحدهما ترجح لأن زوجها ابوه فالظاهر أنها أمه . والثانى يتساويان لأن كل واحدة منهما لو انفردت لألحق بها فاذا اجتمعتا تساوتا [ذكره فى المغنى] (ومنها) لو باع أمة له من رجل فولدت عند المشترى فادعى البائع أنه ولده فصدقه المشترى أنها تصير أم ولد للبائع وينفسخ البيع نص عليه احمد رحمه الله فى رواية مهنا وذكره أبو بكر وذكر ذلك القاضى فى خلافه وتأوله على أنه ادعى أنها ولدت فى ملكه وصدقه المشترى على ذلك (ومنها) لو ولدت المطلقة الرجعية ولدا لايمكن الحاقه بالمطلق الا بتقدير وطء حاصل منه فى زمن العدة ، فهل يلحق به الولد فى هذه الحال أم لا على روايتين أصحهما لحوقه لأن الفراش لم يزل بالكلية فاحالة الحمل عليه أولى كحالة صلب النكاح وعلى هذا فهل يحكم بارتجاعها بلحوق النسب على وجهين : اصحهما وهو المنصوص أنها [تصير] مرتجعة بذلك وينبنى على ذلك مسألة مشكلة فى تعليق الطلاق بالولادة ذكرها صاحب المحرر فيه واما شكل توجيهها(٢) على الأصحاب فقد أفردنا لها جزءا (ومنها) أنه يجوز استيفاء الحق من مال الغريم اذا كان ثم سبب ظاهر يحال الأخذ عليه ولا يجوز اذا كان السبب خفياً ، هذا هو ظاهر المذهب فيباح للمرأة ان تأخذ من مال زوجها نفقتها ونفقة ولدها بالمعروف وللضيف إذا نزل بالقوم فلم يقروه أن يأخذ من أموالهم بقدر قراه بالمعروف لأن السبب إذا ظهر لم ينسب أخذ إلى خيانة بل يحال أخذه على السبب الظاهر بخلاف ما إذا خفى فانه ينسب بالأخذ إلى الخيانة (ومنها) لو قال فى مرضه إن مت من مرضى هذا فسالم حر وإن برئت منه فغانم حر ثم مات ولم يعلم هل مات من المرض أو برىء منه ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) يعتق سالم لأن الأصل دوام المرض وعدم البرء ولأننا قد تحققنا انعقاد سبب الموت بمرضه وشككنا فى حدوث سبب آخر غيره فيحال الموت على سببه المعلوم (والثانى) يعتق أحدهما بالقرعة لأن أحد الشرطين وجد ظاهرا وجهل عينه (والثالث) لا يعتق واحد منهما لاحتمال أن يكون مات فى مرضه ذلك بسبب حادث فيه من قتل أو غيره فلم يمت من مرضه ولم يبرأ منه فلم يتحقق وجود واحد من الشرطين (ومنها) لو أصدقها تعليم سورة من القرآن ثم طلقها ووجدت حافظة لها وتنازعا هل علمها الزوج فبرىء من الصداق ام لا فأيهما

(١) وإن : د (٢) وأشكل توجهها : د

يقبل قوله . فيه وجهان وخرج عليهما الشيخ تقى الدين رحمه الله مسألة اختلافهما فى النفقة والكسوة مدة مقامها عند الزوج هل كانت من الزوج اومنها (ومنها) لوادعى صاحب الزرع ان غنم فلان نفشت فيه ليلا ووجد فى الزرع أثر غنمه . قضى بالضمان على صاحب الغنم نص عليه فى رواية ابن منصور وجعل الشيخ تقى الدين هذا واشباهه من القيافة فى الأموال وجعلها معتبرة كالقيافة فى الأنساب ويتخرج فيه وجـــه آخر أنه لايكتفى بذلك (ومنها) لوتزوج بكرا فادعت أنه عنين فكذبها ودعى انه أصابها وظهرت ثيبا فادعت (١)ان ثيوبتها بسبب آخر فالقول قول الزوج ، ذكره الاصحاب ويتخرج فيه وجه آخر من المسائل المتقدمة (ومنها) اللوث فى القسامة (٢) ومسائله معروفة .

﴿القاعدة الرابعة عشر﴾

اذا وجد سبب ايجاب أو تحريم من أحد رجلين لايعلم عينه منهما ، فهل يلحق الحكم بكل منهما أو لا يلحق بواحد منهما شيء فى المسألة خلاف ولها صور :

(احداها) اذا وجد اثنان منيا فى ثوب ينامان فيه أوسمعا صوتا خارجا ولم يعلم من ايهما هو ففى المسألة روايتان (احداهما) لايلزم واحدا منهما غسل ولا وضوء نظرا الى ان كل واحد منهما متيقن للطهارة شاك فى الحدث (والثانية) يلزمهما الغسل والوضوء لأن الأصل زال يقينا فى احدهما فتعذر البقاء عليه وتعين الاحتياط ولم يلتفت الى النظر فى كل واحد بمفرده كثوبين او اناءين نجس أحدهما .

(الصورة الثانية) قال أحد الرجلين ان كان هذا الطائر غرابا فامرأتى طالق ، وقال الآخر إن لم يكن غرابا فامرأتى طالق وغاب ولم يعلم ماهو . ففيها وجهان : أحدهما ماقال القاضى فى المجرد وأبو الخطاب وغيرهما يبنى كل واحد منهما على يقين نكاحه ، والثانى وهو اختيار الشيرازى فى الايضاح وابن عقيل انه تخرج المطلقة منهما بالقرعة ، وقال القاضى فى الجامع هو قياس المذهب لأن واحدة منهما طلقت يقينا فأخرجت بالقرعة كما لو كانت الزوجتان لرجل واحد وذكر بعض الأصحاب احتمالا يقتضى وقوع الطلاق بهما حكما كما تجب الطهارة عليهما فى المسألة الأولى وقد أومأ اليه أحمد فى رواية

---

(١) وادعت: د (٢) اللوث فى القسامة : أن يشهد شاهد واحد على اقرار المقتول قبل أن يموت ان فلانا قتلنى أو يشهد شاهدان على عداوة بينهما أو تهديد منه له اونحو ذلك .

صالح ، وحكى له قول الشعبي فى رجل قال لآخرانك لحسود فقال له الآخر أحسدنا امرأته طالق ثلاثا فقال الآخر نعم ، قال الشعبي حنثتما وخسرتما وبانت منكما امرأتاكما جميعا وحكى له قول الحارث ادينهما وآمرهما بتقوى الله عزوجل وأقول أنتما أعلم بما حلفتما عليه ، فقال أحمد هذا شيء لا يدرك ألقاهما فى التهلكة فانكاره لقول الحارث يدل على موافقته لقول الشعبي بوقوع الطلاق فهما . هذا هو الظاهر ذكره الشيخ تقى الدين وقال هو بناء على أنه حلف على مالم يعلم صحته أومالا تدرك صحته فيحنث كقول مالك . ويدل عليه تعليل أحمد وقوع الطلاق على من قال أنت طالق إن شاء الله بأن مشيئة الله لا تدرك وهذا القول فيه بعد لأن ايقاع طلاقهما يفضى الى ان يباح للأزواج من هى فى زوجية الغير باطنا ، وفى اجبارهما على تجديد الطلاق اجبار للانسان على قطع ملكه بغير حق وهو ضرر بخلاف ايجاب الطهارة عليهما فانه لاضرر فيه ولنا وجه آخر بوجوب اعتزال كل منهما زوجته حتى يتيقن الأمر ونص عليه أحمد رحمه الله فى رواية عبد الله ونقل حرب عن أحمد رحمه الله انه ذكر هذه المسألة فتوقف فيها وقال أحب الى أن لا أقول فيها شيئا وتوقف عنها

(الصورة الثالثة) قال أحدهما ان كان غرابا فأمتى حرة وقال الآخر ان لم يكن غرابا فأمتى حرة وفيها الوجهان المذكوران فى الطلاق ، وقياس المنصوص هاهنا أن يكف كل واحد عن وطء أمته حتى يتيقن فان اشترى أحدهما أمة الآخر عين المعتقة منهما بالقرعة على أصح الوجهين لاجتماعهما فى ملكه واحداهما عتيقة كما قلنا لا يصح أن يأتم أحدهما بالآخر فى الصورة الأولى لأن أحدهما محدث يقينا فينظر اليهما مجتمعين فى حكم يتعلق باجتماعهما .

وليس من هذه القاعدة اذا وطىء اثنان امرأة بشبهة فى طهر وأتت بولد وضاع نسبه لفقد القافة اوغير ذلك وأرضعت أمه بلبنه ولدا آخر فانه يصير حكم كل من الصغيرين حكم ولد لكل واحد من الرجلين على الصحيح لأنه لم يتعين أن يكون الولد لواحد منهما بل يجوز عندنا ان يكون لهما فليس مما نحن فيه .

﴿ القاعدة الخامسة عشر ﴾

اذا استصحبنا أصلا واعملنا ظاهرا فى طهارة شيء أو حله او حرمته وكان لازم ذلك تغير أصل آخر يجب استصحابه او ترك العمل بظاهر آخر يجب اعماله لم يلتفت الى ذلك اللازم على الصحيح ، ولذلك صور :

(منها) اذا استيقظ من نومه فوجد فى ثوبه بللا وقلنا لا يلزمه الغسل على ماسبق فيما اذا تقدم منه سبب المذى فلا يلزمه أيضا غسل ثوبه بحيث نقول انما سقط عنه الغسل لحكمنا بأن البلل مذى بل نقول فى ثوبه الأصل طهارته فلا ينجس بالشك ، والأصل طهارة بدنه فلا يلزمه الغسل بالشك فيبقى فى كل منهما على أصله . ذكره ابن عقيل فى فنونه عن الشريف أبى جعفر وينبغى على هذا التقدير أن لا تجوز له الصلاة قبل الاغتسال فى ذلك الثوب قبل غسله لأنا نتيقن وجود المفسد للصلاة لامحالة

(ومنها) اذا لبس خفا ثم أحدث ثم صلى وشك هل مسح على الخف قبل الصلاة او بعدها وقلنا ابتداء المدة من المسح جعلنا ابتداءها قبل الصلاة وأوجبنا اعادة الصلاة لأن الأصل وجوب غسل الرجلين والأصل بقاء الصلاة فى الذمة (ومنها) اذا رمى حيوانا مأكولا بسهم ولم يوحه فوقع فى ماء يسير فوجده ميتا فيه فان الحيوان لا يباح خشية ان يكون الماء أعان على قتله والأصل تحريمه حتى يتيقن وجود السبب المبيح له ولا يلزم من ذلك نجاسة الماء أيضا لحكمنا على الصيد بأنه ميتة ، بل يستصحب فى الماء اصل الطهارة فلا ينجسه بالشك ذكره ابن عقيل فى فصوله (ومنها) لو قال لامرأته فى غضب اعتدى وظهرت منه قرائن تدل على ارادته التعريض بالقذف أو فسره بالقذف فانه يقع به الطلاق لأنه كناية اقترن بها غضب وهل يحد معها ذكر ابن عقيل فى المفردات احتمالين (أحدهما) وبه جزم فى عمد الأدلة انه يحد، لأنهما حقان عليه فلا يصدق فيما يسقط واحدا منهما (والثانى) لا يحد لأنه لو كان قذفا لم يكن طلاقا لتنافيهما ومن هذه القاعدة الأحكام التى يثبت بعضها دون بعض كارث الذى أقر بنسبه من لا يثبت النسب بقوله والحكم بلحوق النسب فى مواضع كثيرة لا يثبت فيها لوازمه المشكوك فيها من بلوغ أحد أبويه واستقرار المهر أو ثبوت العدة والرجعة أو الحد أو ثبوت الوصية له او الميراث وهى مسائل كثيرة .

﴿ القاعـــدة السادسة عشر ﴾

اذا كان الواجب بدلا (١) فتعذر الوصول الى الأصل حالة الوجوب، فهل يتعلق الوجوب بالبدل تعلقا مستقرا بحيث لا يعود الى الأصل عند وجوده للمسألة صور عديدة :

(منها) هدى المتعة اذا عدمه ووجب الصيام عليه ثم وجد الهدى قبل الشروع فيه ، فهل يجب

---

(١) للواجب بدل : هـ

عليه الانتقال أم لا ينبنى على أن الاعتبار فى الكفارات بحال الوجوب او بحال الفعل وفيه روايتان فان قلنا بحال الوجوب صار الصوم أصلا لا بدلا وعلى هذا فهل يجزئه فعل الأصل وهو الهدى المشهور أنه يجزئه لأنه الأصل فى الجملة وانما سقط رخصة ، وحكى القاضى فى شرح المذهب عن ابن حامد انه لا يجزئه (ومنها) كفارة الظهار واليمين ونحوهما والحكم فيهما كهدى المتعة (ومنها) اذا أتلف شيئا له مثل وتعذر وجود المثل وحكم الحاكم بأداء القيمة ثم وجد المثل قبل الأداء وجب أداء المثل ذكره الأصحاب لأنه قدر على الأصل قبل أداء البدل فيلزمه كما إذا(١) وجد الماء قبل الصلاة ، وينبغى أن يحمل كلامهم على ما اذا قدر على المثل عند الاتلاف ثم عدمه إما أن عدمه ابتداء فلا يبعد أن يخرج فى وجوب أداء المثل خلاف ، وأما التيمم فلا يشبه ما نحن فيه لأنه لو وجد الماء بعد فراغه منه لبطل ووجب استعمال الماء بنص الشارع وهاهنا لو أدى القيمة لبرىء ولم يلزمه أداء المثل بعد وجوده ، وقال فى التلخيص على الأظهر وهو يشعر بخلاف فيه (ومنها) لو جعل الامام لمن دله على حصن جارية من أهله فاسلمت بعد الفتح اوقبله وكانت أمة فانه يجب له قيمتها اذا كان كافرا لأنه تعذر تسليم عينها اليه فوجب له البدل فان اسلم بعد اسلامها ، فهل يعود حقه الى عينها فيه ؛ لأصحابنا وجهان : أحدهما لا يعود لأن حقه استقر فى القيمة فلا ينتقل الى غيرها والثانى بلى لأنه انما انتقل الى القيمة لمانع وقد زال فيعود حقه اليها (ومنها) لو أصدقها شجرا فأثمرت ثم طلقها قبل الدخول وامتنعت من دفع نصف الثمرة مع الأصل تعينت له القيمة فان قال أنا أرجع فى نصف الشجرة وأترك الثمرة عليها أو أترك الرجوع حتى تجدى ثمرتك(٣) ثم ارجع فيه ففيه وجهان حكاهما القاضى وغيره (أحدهما) لا يجبر على قبول ذلك وهو الذى ذكره ابن عقيل لأن الحق قد انتقل من العين فلم يعد اليها الا بتراضيهما (والثانى) يجبر عليه لأنه لا ضرر عليها فلزمها كما لو وجدها ناقصة فرضى بها فعلى هذا الحق باق فى العين لبقائها فى ملكها وكذلك ذكر القاضى فى موضع من المجرد أنه اذا لم يأخذ القيمة حتى قطع الطلع وعاد النخل كما كان أن للزوج الرجوع فى نصفه (ومنها) لو طلقها قبل الدخول وقد باعت الصداق فلم يأخذ نصف قيمته حتى فسخ البيع لعيب . قال الأصحاب : ليس له أخذ نصفه لأن حقه وجب فى القيمة ولم تكن العين [حينئذ] فى ملكهما ولا يبعد أن يخرج فيه وجه آخر بالرجوع كالتى قبلها وهذا إذا لم نقل إنه يدخل فى ملكه قهرا كالميراث فان قلنا يدخل قهرا عاد حقه الى العين بعودها اليها ولا يقال هذا عاد اليها ملكا جديدا فلا يستحق الرجوع فيه كما لا يستحق الأب الرجوع فيما خرج عن ملك الابن ثم عاد ، لأنهم

(١) كما لو : د (٢) الجد : القطع (٣) ثمرك : د

قالوا لو عاد اليها قبل الطلاق لرجع فيه بغير خلاف لأن حقه فيه ثابت بالقرآن . وفى شرح الهداية لأبى البركات مايدل على عكس ماذكرنا وهو إنا ان قلنا يدخل نصف المهر فى ملك الزوج قهرا فليس له العود الى عينه بحال نظرا الى أن القيمة تقوم مقام العين عند امتناع الرجوع فى العين فيملك نصف القيمة قهرا حينئذ ، ولا ينتقل حقه عنها بعد ذلك (ومنها) لو اشترى عينا ورهنها أو تعلق بها حق شفعة أو جناية ثم أفلس ثم أسقط المرتهن او الشفيع أو المجنى عليه حقه فالبائع أحق بها من الغرماء لزوال المزاحمة على ظاهر كلام القاضى وابن عقيل ، ذكره أبو البركات فى شرحه ، ويتخرج فيه وجه آخر أنه أسوة الغرماء .

﴿ القاعــــدة السابعة عشر ﴾

اذا تقابل عملان أحـدهما ذو شرف فى نفسه ورفعة وهو واحد، والآخر ذو تعـدد فى نفسه وكثرة ، فأيهما يرجح . ظاهر كلام احمد ترجيح الـكثرة ولذلك صور :

(أحدها) اذا تعارض صلاة ركعتين طويلتين وصلاة اربع ركعات فى زمن واحد فالمشهور أن الـكثرة أفضل ، وحكى عن احمد رواية أخرى بالعـكس وحكى عنه رواية ثالثة بالتسوية (والثانية) اهدى(١) بدنة سمينة بعشرة وبدنتين بعشرة أو بأقل قال ابن منصور قلت لأحمد بدنتان سمينتان بتسعة وبدنة بعشرة قال ثنتان أعجب الى . ورجح الشيخ تقى الدين تفضيل البدنة السمينة ، وفى سنن أبى داود حديث يدل عليه (والثالثة) رجل قرأ بتدبر وتفـكر سورة وآخر قرأ فى تلك المدة سورا عديدة سردا . قال احمد فى رواية جعفر بن أحمد بن أبى قيماز وسئل أيما أحب اليك الترسل أو الاسراع ، قال : أليس قـد جاء بكل حرف كذا وكذا حسنة ؟ قالوا له : فى السرعة؟ قال : اذا صور الحرف بلسانه ولم يسقط من الهجاء ، وهذا ظاهر فى ترجيح الـكثرة على التدبر ، ونقل عنه حرب انه كره السرعة الا أن يكون لسانه كذلك لايقدر أن يترسل ، وحمل القاضى الـكراهة على ما اذا لم يبين الحروف ، نقل عنه مثنى بن جامع فى رجل أكل فشبع وأكثر الصلاة والصيام ورجل أقـل الأكل فقلت نوافله وكان أكثر فـكرة(٢) أيهما أفضل فذكر ماجاء فى الفـكر : تفـكر ساعة خير من قيام ليلة قال فرأيت هذا عنده أكثر يعنى الفكر ، وهذا يدل على تفضيل قراءة التفـكر على السرعة ، وهو اختيار الشيخ تقى الدين وهو المنصوص صريحا عن الصحابة والتابعين (والرابعة) رجلان أحدهما ارتاضت نفسه على الطاعة وانشرحت

---

(١) اهداء : ء (٢) اكثره فكرة : د

بها وتنعمت وبادرت اليها طواعية ومحبة ، والآخر يجاهد نفسه على تلك الطاعات ويكرهها عليها أيهما أفضل قال الخلال كتب الى يوسف بن عبد الله الاسكافى حدثنا الحسن بن على بن الحسن انه سأل أبا عبد الله عن الرجل يشرع له وجه بر فيحمل نفسه على الكراهة وآخر يشرع له فيسر بذلك ، فايهما أفضل قال ألم تسمع النبي صلى الله عليه وسلم يقول من تعلم القرآن وهو كبير يشق عليه فله أجران ، وهذا ظاهر فى ترجيح المكره نفسه لأن له عملين جهاداً وطاعة أخرى ، ولذلك كان له أجران ، وهذا قول ابن عطاء وطائفة من الصوفية من أصحاب أبى سليمان الدارانى ، وعند الجنيد وجماعة من عباد البصرة أن الباذل لذلك طوعا ومحبة أفضل وهو اختيار الشيخ تقى الدين لأن مقامه فى طمأنينة النفس أفضل من أعمال متعددة ولأنه من ارباب المنازل والمقامات والآخر من أرباب السلوك والبدايات ، فمثلهما كمثل رجل (١) مقيم بمكة يشتغل بالطواف والآخر يقطع المفاوز والقفار فى السير الى مكة فعمله أشق والأول أفضل والله أعلم (والخامسة) تعارض عتق رقبة نفيسة بمال وعتق رقاب متعددة بذلك المال ، قال القاضى وابن عقيل الرقاب أفضل وفيه أيضا نظر وقد كان طائفة من السلف كابن عمر والربيع بن خثيم يستحبون الصدقة بما يشتهون من الأطعمة. وان كان المسكين ينتفع بقيمته أكثر ، عملا بقوله (لن تنالوا البر حتى تنفقوا مما تحبون) وهذا فى العتق أولى مع قول النبي صلى الله عليه وسلم (خير الرقاب أنفسها عند أهلها وأغلاها ثمنا) والله أعلم

﴿ القاعـــدة الثامنة عشر ﴾

اذا اجتمعت عبادتان من جنس فى وقت واحد ليست احداهما [مفعولة] على جهة القضاء ولا على طريق التبعية للأخرى فى الوقت تداخلت أفعالها ، واكتفى فيهما بفعل واحد وهو على ضربين :

(أحدهما) أن يحصل له بالفعل الواحد العبادتان [جميعا] يشترط أن ينويهما جميعا (٢) على المشهور ومن أمثلة ذلك من عليه حدثان أصغر وأكبر فالمذهب أنه يكفيه أفعال الطهارة الكبرى اذا نوى الطهارتين [جميعا] بها وعنه لايجزئه عن الأصغر حتى يأتى بالوضوء واختار أبو بكر أنه يجزئه عنهما اذا أتى بخصائص الوضوء من الترتيب والموالاة وإلا فلا ، وجزم به صاحب المبهج ولو كان عادماً للماء فتيمم تيمماً واحدا ينوى به الحدثين اجزأه عنهما بغير خلاف

(١) رجلين أحدهما مقيم : د (٢) معا : د

ونص عليه أحمد فى رواية مهنا (ومنها) القارن اذا نوى الحج والعمرة كفاه لهما طواف واحد وسعى واحد على المذهب الصحيح وعنه لابد من طوافين وسعيين كالمفرد . والقاضى وابو الخطاب فى خلافيهما حكيا هذه الرواية على وجه آخر ، وهو أنه لاتجزئه العمرة الداخلة فى ضمن الحج عن عمرة الاسلام بل عليه أن ياتى بعمرة مفردة باحرام مفرد لها (ومنها) اذا نذر الحج من عليه حج الفرض ثم حج حجة الاسلام فهل يجزئه عن فرضه ونذره على روايتين .

(احداهما) يجزئه عنهما نص عليه احمد فى رواية أبى طالب ونقله عن ابن عباس وهى اختيار أبى حفص (والثانية) لايجزئه نقلها ابن منصور وعبد الله وهى المشهورة . وقد حمل بعض الأصحاب كأبى الحسين فى التمام الرواية الأولى على صحة وقوع النذر قبل الفرض وفرضهما فيما اذانوى النذر انه يجزئه عنه وتبقى عليه حجة الاسلام ولايصح ذلك (ومنها) اذا نذر صوم شهر يقدم فيه فلان فقدم فى أول رمضان ، هل يجزئه رمضان عن فرضه ونذره على روايتين أشهرهما عند الأصحاب لايجزئه عنهما والثانية يجزئه عنهما نقلها المروذى وصرح بها الخرقى فى كتابه وحملها المتأخرون على أن نذره لم ينعقد لمصادفته رمضان ولا يخفى فساد هذا التأويل وعلى رواية الاجزاء فقال صاحب المغنى لابد أن ينويه عن فرضه ونذره وقال الشيخ مجد الدين لايحتاج الى نية النذر، قال وهو ظاهر كلام الخرقى واحمد لأنا نقدره كأنه نذر هذا القدر منجزاً عند القدوم فجعله كالناذر لصوم رمضان لجهة الفرضية وفيه بعد، ولو نذر صوم شهر مطلق فصام رمضان ينويه عنهما فانه يخرج على مسألة الحج ، ذكره ابن الزاغونى وغيره (ومنها)لو نذر الصدقة بنصاب من المال وقت حلول الحول، فهل تجب فيه الزكاة على وجهين . وعلى القول بالوجوب فهل تجزيه الصدقة عن النذر والزكاة اذا نواهما على وجهين واختيار صاحب المغنى الاجزاء وخالفه صاحب شرح الهداية (ومنها) لوطاف عند خروجه من مكة طوافا ينوى به الزيارة والوداع ، فقال الخرقى فى شرح المختصر وصاحب المغنى فى كتاب الصلاة يجزئه عنهما. ويتخرج فيه خلاف من المسألة التى بعدها (ومنها) لو أدرك الامام راكعا فكبر [تكبيرة ينوى بها] تكبير الاحرام والركوع فهل يجزئه على وجهين حكاهما أبو الخطاب وغيره واختار [القاضى] عدم الاجزاء للتشريك بين الركن وغيره وأخذه من نص احمد رحمه الله فيمن رفع رأسه من الركوع وعطس فقال [الحمد لله] (١) ربنا ولك الحمد ينوى به الواجب وسنة الحمد للعاطس أن لا يجزئه . واختار ابن شاقلا الاجزاء وشبهه بمن أخرج فى الفطرة أكثر من صاع

(١) الزيادة عن ٧١١

ولا يصح هذا التشبيه . ومن الأصحاب من قال إن قلنا تكبيرة الركوع سنة أجزأته(١) وحصلت السنة بالنية تبعا للواجب ، وان قلنا واجبة لم يصح التشريك وفيه ضعف . وهذه المسألة تدل على أن تكبيرة الركوع تجزىء فى حال القيام خلاف مايقوله المتأخرون .

(والضرب الثانى) ان يحصل له احدى العبادتين بنيتها ، و تسقط عنه الأخرى ولذلك أمثلة :

(منها) اذا دخل المسجد وقد أقيمت الصلاة فصلى معهم، سقطت عنه التحية (ومنها) لو سمع سجدتين معاً ، فهل يسجد سجدتين أم يكتفى بواحدة ، المنصوص فى رواية البرزاطى أنه يسجد سجدتين، ويتخرج أنه يكتفى بواحدة ، وقد خرج الأصحاب بالاكتفاء بسجدة الصلاة عن سجدة التلاوة وجها فهنا أولى (ومنها) اذا قدم المعتمر مكة فانه يبدأ بطواف العمرة ويسقط عنه طواف القدوم ، وقياسه اذا أحرم بالحج من مكة ثم قدم [يوم] النحر أنه يجزئه طواف الزيارة عنه والمنصوص هاهنا انه يطوف قبله للقدوم، وخالف فيه صاحب المغنى وهو الأصح (ومنها) اذا صلى عقيب الطواف مكتوبة فهل يسقط عنه ركعتا الطواف على روايتين، قال أبو بكر الأقيس إنها لا تسقط، ونقل أبو طالب عن احمد رحمه الله يجزئه ليس هما واجبتين، ونقل الأثرم عنه أرجو ان يجزئه وهذا قد يشعر بأنه يحصل له بذلك الفرض ركعتا الطواف فيكون من الضرب الأول. لكن لا يعتبر هنا نية ركعتى الطواف . ويشبه هذه الرواية التى حكاها ابو حفص البرمكى عن احمد فى الجنب اذا اغتسل ينوى الجنابة وحدها أنه يرتفع حدثه الأصغر تبعاً وهى اختيار الشيخ تقى الدين . وقد يقال المقصود أن يقع عقيب(٢) الطواف صلاة كما ان المقصود أن يقع قبل الاحرام صلاة فأى صلاة وجدت حصلت المقصود (ومنها) لو أخر طواف الزيارة الى وقت خروجه فطاف فهل يسقط عنه طواف الوداع أم لا على روايتين [ونص فى رواية ابن القاسم على سقوطه (ومنها) اذا ادرك الامام راكعا فكبر للاحرام فهل تسقط عنه تكبيرة الركوع على رايتين] أيضاً والمنصوص عنه الاجزاء ، وهل يشترط أن ينوى بها تكبيرة الافتتاح ام لا على روايتين نقلهما عنه ابن منصور احداهما لا يشترط بل يكفيه ان يكبر بنية الصلاة وان لم يستحضر بقلبه انها تكبيرة الاحرام كما لو أدرك الامام فى القيام . والثانية لابد أن ينوى بها الافتتاح لأنه قد اجتمع ههنا تكبيرتان فوقع الاشتراك فاحتاجت تكبيرة الاحرام الى نية تميزها بخلاف حال القيام فانه لم يقع فيه اشتراك (ومنها) اذا اجتمع فى يوم عيد وجمعة فأيهما قدم أولا فى الفعل سقط به الثانى ولم يجب حضوره مع الامام . وفى سقوطه عن الامام روايتان . وعلى رواية عدم السقوط فيجب ان يحضر معه من تنعقد به تلك

(١) أجزأه : د (٢) عقب : د .

الصلاة ذكره صاحب التلخيص وغيره فتصير الجمعة ههنا فرض كفاية تسقط بحضور أربعين (ومنها) اذا اجتمع عقيقة وأضحية فهل تجزىء الأضحية عن العقيقة ام لا . على روايتين منصوصتين . وفى معناه لو اجتمع هدى وأضحية واختار الشيخ تقى الدين انه لا تضحية بمكة وانما هو الهدى (ومنها) اجتماع الأسباب التى يجب بها الكفارات وتتداخل فى الايمان والحج والصيام والظهار وغيرها . فاذا أخرج كفارة واحدة عن واحد منها معين اجزأه وسقطت سائر الكفارات وان كان مبهما . فان كانت من جنس و حد أجزأه أيضا وجها واحداً عند صاحب المحرر . وعند صاحب الترغيب ان فيه وجهين . وان كانت من جنسين فوجهان فى اعتبار نية التعيين وأما الأحداث الموجبة للطهارة من جنس او جنسين موجبهما واحد فيتداخل موجبهما بالنية أيضا بغير(١) اشكال وان نوى أحدهما فالمشهور أنه يرتفع الجميع ويتنزل ذلك على التداخل كما قلنا فى الكفارات أو على ان الحكم الواحد يعلل بعلل مستقلة ، واذا نوى رفع حدث البعض فقد نوى واجبه وهو واحد لا تعدد فيه . وعن أبى بكر لا يرتفع الا ما نواه قال فى كتاب المقنع اذا أجنبت المرأة ثم حاضت يكون الغسل الواحد لهما جميعا اذا نوتهما به . ويتنزل هذا على أنه لا يعلل الحكم الواحد بعلتين مستقلتين بل اذا اجتمعت أسباب موجبة تعددت الاحكام الواجبة بتعدد أسبابها ولم تتداخل وان كانت جنساً واحدا ورجح صاحب المحرر قول أبى بكر فى غسل الجنابة والحيض لأنهما مختلفا الأحكام اذ المنع المرتب على الحيض يزيد على المنع المرتب على الجنابة لأنهما مختلفا الأجناس بخلاف غيرهما فهما كالجنسين وغيرهما كالجنس الواحد . ومن الأصحاب من قال ان نوت رفع حدث الحيض ارتفعت الجنابة لدخول موانعها فيه ولا عكس .

﴿ القاعدة التاسعة عشر ﴾

امكان الأداء ليس بشرط فى استقرار الواجبات بالشرع فى الذمة على ظاهر المذهب ويندرج تحت ذلك صور :

(منها) الطهارة فاذا وصل عادم الماء الى الماء وقد ضاق الوقت فعليه ان يتطهر ويصلى بعد الوقت ذكره صاحب المغنى . وخالفه صاحب المحرر وقال يصلى بالتيمم وهو ظاهر كلام احمد فى رواية صالح (ومنها) الصلاة فاذا طرأ على المكلف مايسقط تكليفه بعد الوقت وقبل التمكن من الفعل فعليه القضاء فى المشهور . وقال ابن بطة وابن أبى موسى لا قضاء [عليه] (ومنها) الزكاة فاذا

---

(١) من غير : د

تلف النصاب قبل التمكن من الأداء فعليه أداء زكاته على المشهور الا المعشرات اذا تلفت بآفة سماوية لكونها لم تدخل تحت يده فهى كالدين التاوى قبل قبضه وخرج الشيرازى وغيره وجها بالسقوط مطلقاً (ومنها) الصيام فاذا بلغ الصبي مفطراً فى أثناء يوم من رمضان او أسلم فيه كافر أو طهرت حائض لزمهم القضاء فى أصح الروايتين (ومنها) الحج فلا يشترط لثبوته(١) فى الذمة التمكن من الأداء على أظهر الروايتين وانما يشترط للزوم أدائه بنفسه . وأما قضاء العبادات فاعتبر الأصحاب له امكان الأداء فقالوا فيمن أخر قضاء رمضان لعذر ثم مات قبل زواله انه لا يطعم عنه وان مات بعد زواله والتمكن من القضاء اطعم عنه . واما [قضاء] المنذورات ففى اشتراط من الأداء وجهان فلو نذر صياماً أو حجا ثم مات قبل التمكن منه فهل يقضى [عنه] على الوجهين وعلى القول بالقضاء فهل يقضى الصيام الفائت بالمرض خاصة او الفائت بالمرض والموت أيضاً على وجهين .

﴿ القاعـــدة العشرون ﴾

النماء المتولد من العين حكمه حكم الجزء والمتولد من الكسب بخلافه على الصحيح . ويظهر اثر ذلك فى مسائل :

(منها) لو كان عنده دون نصاب فكمل نصاباً بنتاجه فهل يحسب حوله من حين كمل كما لو كان النتاج من غيره او من حين ملك الأمهات لأن النتاج جزء من الأمهات فهو موجود فيها بالقوة من أول الحول . فى المسألة روايتان . ولو كان له مائة وخمسون درهما فاتجر بها حتى صارت مائتين فحولها من حين كمل بغير خلاف لأن الكسب يتولد من خارج وهو رغبات الناس لا من نفس العين (ومنها) لو عجل الزكاة عن نماء النصاب قبل وجوده فهل يجزئه . فيه ثلاثة أوجه ثالثها يفرق بين أن يكون النماء نصابا فلا يجوز(٢) لاستقلاله بنفسه فى الوجوب وبين أن يكون دون نصاب فيجوز(٢) لتبعيته للنصاب فى الوجوب ، ويتخرج فيه وجه رابع بالفرق بين أن يكون النماء نتاج ماشيـــة او ربح تجارة فيجوز فى الأول دون الثانى من المسألة التى قبلها (ومنها) لو اشترى شيئاً فاستغله ونما عنده ثم رده بعيب فان كان نماؤه كسباً لم يرده معه

قال كثير من الأصحاب بغير خلاف وان كان متولداً من عينه كالولد واللبن والصوف الحادث وثمرة الشجر فهل يرده معه فيه روايتان معروفتان (ومنها) لو قارض المريض فى مرض الموت

(١) لثبوت وجوبه : د (٢) فلا يجزىء : د

وسمى للعامل أكثر من تسمية مثله صح ولم يحتسب من الثلث ولو ساقى وسمى للعامل اكثر من تسمية المثل فوجهان أشهرهما انه يعتبر من الثلث لحدوث الثمر من عين ملكه (ومنها) لوفسخ العامل(١) المضاربةقبل ظهور الربح لم يستحق المضارب شيئاً ، ولو فسخ المساقاة قبل ظهور الثمرة استحق العامل أجرة المثل لأن الربح لايتولد من المال بنفسه وانما يتولد من العمل ولم يحصل بعمله ربح والثمر متولد من عين الشجر وقد عمل على الشجر عملا مؤثراً فى الثمر فكان لعمله تأثير فى حصول الثمر وظهوره بعد الفسخ (ومنها) أن المشاركة بين اثنين بمال أحدهما وعمل الآخر إن كان المشاركة فيما ينمو من العمل كالربح جاز كالمضاربة ، وكمن دفع دابته(٢) اوعبده الى من يعمل عليه بشىء من كسبه فانه يجوز على الأصح وان كانت المشاركة فيما يحدث عين المال كدر الحيوان ونسله ففيه روايتان . و كثير من الأصحاب يختار فيه المنع لأن العامل لايثبت حقه فى أصل عين المال والمتولد من العين حكمه حكمها ولكن هذا ممنوع عند من أجاز الاستئجار على حصادالزرع بجزء منه أوعلى نسج الثوب ببعضه . وذلك منصوص عن أحمد أيضا . واستثنى من ذلك أبو الخطاب فى انتصاره ثمر الشجر فاذا عمل الشريكان فى شجر بينهما نصفين وشرطا التفاضل فى ثمره جاز [عنده] وفرق بين الثمر وغيره مما يتولد من عين المال بأن للعمل تأثيرا فى حصول الثمر بخلاف غيره . ولهذا المعنى جازت المساقاة فأما الأجارة المحضة فيجوز فيما ينتفع باستغلاله واجارته من العقار وغيره . ولايجوز فيما ينتفع باعيانه إلا فيما استثنى من ذلك للحاجة كالظئر ونحوها . وعند تقى الدين رحمه الله ان الأعيان التى تستخلف شيئاً فشيئاً حكمه حكم المنافع فيجوز استيفاؤها بعقد الاجارة كما يستوفى بالوقف والوصية .

﴿ القاعـــدة الحادية والعشرون ﴾

وقد يختص الولد من بين سائر النماء المتولد من العين بأحكام . ويعبر عن ذلك بأن الولد هل هو كالجزء أوكالكسب والأظهر انه جزء فمن ذلك لو ولدت الأمة الموقوفة ولدا فهل يكون ملكا للموقوف عليه كثمر الشجرة او يكون وقفاً معها على وجهين أشهرهما انه وقف معها لأنه جزء منها ولهذا يصح وقفه ابتداء بخلاف الثمرة (ومنها) لو ولدت الموصى بمنافعها فان قلنا الولد كسب فكله لصاحب المنفعه وان قلنا هو جزء ففيه وجهان أحدهما : انه بمنزلتها . والثانى : انه للورثة لأن الأجزاء لهم دون المنافع (ومنها) هل يتبع الولد أمه فى الكتابة الفاسدة كالصحيحة فان قلنا

---

(١) المالك : د (٢) ابنه

هو جزء منها تبعها. وان قلنا هو كسب ففيه وجهان بناء على سلامة الاكتساب فى الكتابة الفاسدة .

﴿ القاعدة الثانية والعشرون ﴾

العين المنغمرة فى غيرها اذا لم يظهر أثرها فهل هى كالمعدومة حكما اولا . فيه خلاف وينبنى عليه مسائل: (منها) الماء الذى استهلكت فيه النجاسة فان كان كثيرا سقط حكمها بغير خلاف ، وان كان يسيراً فروايتان ثم من الأصحاب من يقول إنما(١) سقط حكمها والا فهى موجودة ومنهم من يقول بل الماء أحالها لأن له قوة الاحالة فلم يبق لها وجود بل الموجود غيرها فهو عين طاهرة وهى طريقة أبى الخطاب (ومنها) اللبن المشوب بالماء المنغمر فيه هل يثبت به تحريم الرضاع فيه وجهان أحدهما وهو المحكى عن القاضى انه يثبت . والثانى لا واختاره صاحب المغنى وعلى الأول فانما يحرم إذا شرب الماء كله ولو فى دفعات ويكون رضعة واحدة ذكره القاضى فى خلافه (ومنها) لو خلط خمرا بماء واستهلك فيه ثم شربه لم يحد هذا هو المشهور ، وسواء قيل بنجاسة الماء اولا . وفى التنبيه لأبى بكر عبد العزيز من لت بالخمر سويقا اوصبها فى لبن اوماء جار ثم شربها فعليه الحد ، ولم يفرق بين ان يستهلك اولا يستهلك (ومنها) لو خلط زيته بزيت غيره على وجه لا يتميز فهل هو استهلاك بحيث يجب لصاحبه عوضه من أى موضع كان أو هو اشتراك . فى المسألة روايتان المنصوص فى رواية عبدالله وأبى الحارث انه اشتراك واختاره ابن حامد والقاضى فى خلافه واختار فى المجرد انه استهلاك . واما ان كان المختلط غصبا فقال فى رواية أبى طالب هذا قد اختلط أوله وآخره أعجب الى ان يتنزه عنه كله يتصدق به وانكر قول من قال يخرج منه قدر ما خالطه . واختار ابن عقيل فى فنونه التحريم لامتزاج الحلال بالحرام واستحالة انفراد أحدهما عن الآخر وعلى هذا فليس له اخراج قـــدر الحرام منه بدون اذن المغصوب منه لانها قسمة فلا يجوز بدون رضا الشريكين . لكن لأصحابنا وجه فى المكيل والموزون المشترك أن لأحد الشريكين الانفراد بالقسمة دون الآخر وهو اختيار أبى الخطاب ونص عليه أحمد فى الدراهم ، ومنعه القاضى لكنه قال فى خلافه ان كان الحق فى القدر المختلط لآدمى معين لم تجز القسمة بدون اذنه وان كان لغير معين كالذى انقطع خبر مالكه ووجب التصدق به ، فللمالك الاستبداد بالقسمة لأن له ولاية التصرف فيه بالصدقة ، وهذا كله بناء على أنه اشتراك . وعن احمد رحمه الله رواية أخرى انه استهلاك قال فى رواية المروذى يخرج العوض منه وهذا يحتمل انه أراد [أن] يخرج بدله عوضا منه وكذا ساقه

(١) إنها

المروذى فى كتاب الورع له ان أحمد قال يعطى العوض ولم يقل منه وان كان أراد انه يخرج العوض من نفس المختلط فهو بناء على أنه شركة وان له الاستبداد بقسمة ذلك (ومنها) لووصى له برطل من زيت معين ثم خلطه بزيت [آخر] فان قلنا هو اشتراك لم تبطل الوصية وإن قلنا هواستهلاك بطلت (ومنها) لوحلف لا يأكل شيئا فاستهلك فى غيره ثم أكله قال الأصحاب لا يحنث ولم يخرجوا فيه خلافا لأنه مبنى(١) على العرف و لم يقصد الامتناع من مثل ذلك وقد يخرج فيه وجه بالحنث وقد أشار إليه أبو الخطاب كما سنذكره، وهذا كله فى المائعات والأدقة(٢) ونحوها مما يختلط بعض أجزائه ببعض، فأما الحبوب والدراهم ونحوها فمن الأصحاب من قال حكمها حكم المائعات فيما سبق وفرعوا على ذلك مسائل:

[منها] لو اشترى ثمرة فلم يقبضها حتى اختلطت بغيرها ولم تتميز فهل ينفسخ البيع على وجهين اختار القاضى فى خلافه الانفساخ وفى المجرد عدمه (ومنها) لو حلف لا يأكل حنطة فأكل شعيرا فيه حبات حنطة ففى حنثه وجهان ذكرهما ابو الخطاب وغلطه صاحب الترغيب وقال يحنث بلا خلاف لأن الحب متميز لم يستهلك بخلاف ما لو طحنت الحنطة بما فيها فاستهلكت فانه لا يحنث (ومنها) لو اختلطت دراهمه بدراهم مغصوبة فالمنصوص عن احمد فى رواية المروذى إن كانت الدراهم قليلة كثلاثة فيها درهم حرام وجب التوقف عنها حتى يعلم وإن كانت كثيرة كثلاثين فيها درهم حرام فانه يخرج منها درهما [واحدا] ويتصرف فى الباقى وله نصوص كثيرة فى هذا المعنى وعلل بأن الكثير يجحف بماله إخراجه وأنكر على من قال يخرج هذا قدر الحرم من القليل كالثلاثة انكارا [شديداً] وأما القاضى فتأول كلامه على الاستحباب لأنه كلما كثر الحلال بعد تناول الحرام وشق التورع عن الجميع بخلاف القليل. قال والواجب فى الجميع إخراج قدر الحرام، وكذلك(٣) ذكر ابن عقيل [فى فصوله](٤) وخالف فى الفنون وقال يحرم الجميع (ومنها) لو خلط الوديعة وهى دراهم بماله ولم تتميز فالمشهور الضمان لعدوانه حيث فوت تحصيلها(٥) وعنه رواية أخرى لا ضمان عليه لأن النقود لا يتعلق الغرض بأعيانها بل بمقدارها وربما كان خلطها [مع ماله] أحفظ لها وعلى هذه الرواية فاذا تلف بعض المختلط بغير عدوان جعل التالف كله من ماله وجعل الباقى من الوديعة نص عليه لأن هذه الأصل أمانة(٦) بقاؤها ووجوب تسليمها ولم يتيقن زوال ذلك ولهذ قلنا لو مات وعنده وديعة وجهل بقاؤها انها تكون دينا على التركة

---

(١) لأن مبنى الأيمان: د (٢) يريد بالادقة المدقوقات (٣) ولذلك (٤) تقطيع بالأصل (٥) تخليصها: د (٦) أمانة الأصل: د

وتأول القاضى وابن عقيل كلام احمد رحمه الله فى الضمان هنا على أن الخلط كان عدوانا وهذا يدل على أنه لاضمان عندهما الامع التعدى ولو اختلطت الوديعة بغير فعله ثم ضاع البعض جعل من مال المودع فى ظاهر كلام احمد ذكره ابو البركات ابن تيمية فى شرح الهداية وقد تقدم ان القاضى ذكر فى الخلاف انهما يصيران شريكين قال ابو البركات ولا يبعد على هذا ان يكون الهالك منهما وذكر القاضى أيضا فى بعض تعاليقه فيمن معه دينار أمانة لغيره فسقط منه مع دينار له فى رحى فدارت عليهما حتى نقصا وكان نقص احدهما اكثر من نقص الآخر ولم يدر ايهما له انه يحتاط فيدفع الى صاحب الأمانة مايغلب على ظنه أنه قدر حقه فان ادعى ان الثقيل له فالقول قوله فى الظاهر لأن يده عليه والله اعلم.

﴿ القاعـــدة الثالثة والعشرون ﴾

من حرم عليه الامتناع من بدل شىء سئله فامتنع فهل يسقط اذنه بالكلية أو يعتبر ويجبره الحاكم عليه هذا نوعان :

(أحدهما) أن يكون المطلوب منه إذناً مجردا ويندرج تحته صور :

(منها) وضع الخشب على جدار جاره اذا لم يضر به وقد نص أحمد على عدم اعتبار اذنه فى ذلك وفى التلخيص أنه يجبر عليه إن أباه (ومنها) حج الزوجة الفرض ونص أحمد فى رواية صالح على أنها لاتحج الا باذنه وأنه ليس له منعها فعلى هذا يجبر على الاذن لها ونقل ابن ابى موسى عن أحمد أن استئذانها له مستحب ليس بواجب (ومنها) اذا قلنا بوجوب الجمعة على العبد فهل يتوقف على اذن السيد ، حكى الأصحاب فيه روايتين : إحداهما لاتجب على العبد حتى يأذن له السيد . والثانية تجب بدون اذنه ويستحب له استئذانه فان أذن له والا خالفه وذهب (ومنها) أخذ فاضل الكلأ والماء من أرضه هل يقف جواز الدخول الى الأرض على اذنه أم يجوز بدون اذنه على وجهين ونص احمد على جواز الرعى فى الأرض المغصوبة يدل على عدم اعتبار الاذن فى ذلك ومن الأصحاب من قال الخلاف فى غير المحوط [فاما المحوط] فلا يجوز دخوله بغير اذن بغير خلاف قال ومتى تعذر الاستئذان لغيبة المالك أو غيرها أو استأذن فلم يأذن سقط اذنه كما فى الولى فى النكاح ونقل مثنى الأنبارى عن احمد مايشعر بالفرق بين الدخول للماء والكلأ فيتعين الاستئذان للدخول للكلأ دون الماء (ومنها) بذل الضيافة الواجبه اذا امتنع منها جاز الأخذ من ماله ولا يعتبر اذنه فى أصح الروايتين نقلها على بن سعيد عن أحمد ونقل عنه حنبل لا يأخذ الا بعلمهم ويطالبهم

بقدر حقه (ومنها) نفقة الزوجة الواجبة (ومنها) الطعام الذى يضطر اليه غيره فانه يلزمه بذله له بقيمته فان أبى فللمضطر أخذه قهرا وانما سقط اعتبار الاذن فى هذه الصور لأن اعتباره يؤدى الى مشقة وحرج وربما أدى الى فوات الحق بالكلية

(النوع الثانى) أن يكون المطلوب منه تصرفاً لعقد أو فسخ أو غيرهما ويندرج تحته صور :

(منها) اذا طلب منه القسمة التى تلزمه الاجابة اليها والأصحاب يقولون يجبر على ذلك فان كان المشترك مثليا وهو المكيل والموزون وامتنع أحد الشريكين من الاذن فى القسمة أو غاب فهل يجوز للشريك الآخر أخذ قدر حقه منه بدون اذن الحاكم على وجهين (احدهما) الجواز وهو قول ابى الخطاب (والثانى) المنع وهو قول القاضى لأن القسمة مختلف فى كونها بيعاً واذن الحاكم يرفع النزاع (ومنها) اذا امتنع من بيع الرهن فان الحاكم يجبره عليه ويحبسه فان أصر باع عليه ومن الأصحاب من يقول الحاكم مخير ان شاء أجبره على البيع وان شاء باع عليه وهو المجزوم به فى المغنى (ومنها) اذا امتنع من الانفاق على بهائمه فانه يجبر على الانفاق أو البيع كذا أطلقه كثير من الأصحاب، وقال ابن الزاغونى ان أبى باع الحاكم عليه (ومنها) المولى اذا وقف ثم امتنع من الفيئة (١) فانه يؤمر بالطلاق فان طلق فذاك والا ففيه روايتان (احداهما) يجبر على الطلاق بالحبس والتضييق (والثانية) يطلق الحاكم عليه (ومنها) العنين اذا انقضت مدته وتحقق عجزه وأبى ان يفارق زوجته فرق الحاكم بينهما (ومنها) اذا مثل بعبده قال احمد فى رواية الميمونى يعتقه السلطان عليه وظاهر هذا أنه لا يعتق بمجرد التمثيل ولكن يعتقه السلطان عليه بغير اختيار لأن عتقه صار محتما لامحالة كما فعل عمر رضى الله عنه بخلاف طلاق المولى فانه لو فاء لم يطالب بالطلاق ، ويحتمل ان يكون مراده ان السلطان يحكم عليه بوقوع العتق كما هو المعروف فى المذهب وفيه بعد (ومنها) الموصى بعتقه اذا امتنع الوارث من اعتاقه أعتقه السلطان عليه (ومنها) اذا اشترى عبداً بشرط العتق وقلنا يصح على الصحيح فابى ان يعتقه ففيه وجهان وقيل روايتان (احداهما) ونص عليها احمد فى رواية الأثرم ان للبائع الفسخ بناء على أنه حق له (والثانى) أنه يجبر المشترى على عتقه بناء على أنه حق لله [تعالى فعلى] هذا اذا امتنع واصر توجه ان يعتقه الحاكم عليه (ومنها) الحوالة على الملىء هل يعتبر لبراءة المحيل رضا المحال فان أبى اجبره الحاكم عليه لأن احتياله (٢) على الملىء واجب عندنا أو يبرأ بمجرد الحوالة فيه عن احمد روايتان حكاهما القاضى فى خلافه وطائفة من الأصحاب ومبناهما على ان الحوالة هل هى نقل

(١) يريد بالمولى هنا الذى حلف لا يطأ زوجه أربعة أشهر أو أكثر والفيئة الرجوع (٢) كذا بالاصل

للحق او تقبيض فان قلنا نقلا لم يعتبر لها قبول . وان كانت تقبيضا فلابد من القبض بالقول وهو قولها فيجبر المحتال عليه (ومنها) الولى فى النكاح اذا امتنع من التزويج فهل يسقط حقه وينتقل الى غيره ممن هو أبعد منه أولا فيقوم الحاكم مقامه على روايتين (ومنها) اذا أسلم على أ كثر من اربعة وابى أن يختار منهن اجبره الحاكم على الاختيار وعزره مرة بعد اخرى حتى يختار . ولم يختر له اذ الاختيار موكول الى شهوته وغرضه لاغير [(ومنها) الكتابة اذا أوجبناها بسؤال العبد فأبى السيد أجبره الحاكم عليها] (ومنها) اذا اتاه الغريم بدينه الذى يجب عليه قبضه فأبى أن يقبضه . قال فى المغنى يقبضه الحاكم وتبرأ ذمة الغريم لقيام الحاكم مقام الممتنع بولايته . ولو أتاه الكفيل بالغريم فأبى أن يتسلمه فقال فى المغنى يشهد على امتناعه ويبرأ لوجود الاحضار . وذكر عن القاضى أنه يرفعه الى الحاكم أولا ليسلمه اليه فان تعذر أشهد على امتناعه .

﴿ القاعدة الرابعة والعشرون ﴾

من تعلق بماله حق واجب عليه فبادر الى نقل الملك عنه صح ، ثم ان كان الحق متعلقا بالمال نفسه لم يسقط . وان كان متعلقا بمالكه لمعنى زال بانتقاله عنه سقط ، وان كان لايزول بانتقاله لم يسقط على الأصح ، ويدخل تحت ذلك صور :

(منها) لو بادر الغال قبل احراق رحله وباعه ففيه وجهان حكاهما فى المغنى (احدهما) يصح لأن ملكه باق لم يزل ويسقط التحريق لانتقاله عنه فهو كما لو مات وانتقل الى وارثه (والثانى) ينفسخ البيع ويحرق لأن حق التحريق أسبق وقد تعلق بهذا المال عقوبة لمالكه على جريمته السابقة (ومنها) لو باع المشترى الشقص المشفوع قبل المطالبة بالشفعة ففيه وجهان (احدهما) ان البيع باطل لأن ملكه غير تام وهو ظاهر كلام أبى بكر فى التنبيه (والثانى) ان البيع صحيح وهو قول الخرقى والمشهور فى المذهب لأن اخذ الشفيع من المشترى الثانى ممكن فان اختار ذلك فعل وإلا فسخ البيع الثانى وأخذ من الأول لسبق حقه عليه (ومنها) لو أمر الذمى بهدم بنائه العالى فبادر وباع من مسلم صح وسقط الهدم لزوال علته فانه لم يجب الهدم إلا لازالة ضرر استدامة تعلية الذمى لاعقوبة للتعلية الماضية وقد زال الضرر بانتقاله الى المسلم فهو كما لو بادر المالك واسلم فان الهدم يسقط بلا تردد (ومنها) لو مال جداره الى ملك جاره فطولب بهدمه فباع داره صح وهل يسقط

(١) مابين المربعين عن نسختى الدار

الضمان عنه بالسقوط بعد ذلك على رواية التضمين أم لا . قال القاضى يسقط لأن الوقوع فى غير ملكه وقال ابن عقيل ان قصد ببيعه الفرار من المطالبة بهدمه لم يسقط الضمان لانعقاد سببه فى ملكه كما لو باع سهما بعد خروجه من كبد القوس فان عليه ضمان ما يتلفه قال وكذا لو باع فخاً أو شبكة منصوبتين فوقع فيهما صيد فى الحرم أو مملوك للغير لم يسقط عنه ضمانه . والظاهر ان القاضى لا يخالف فى هذه الصور فانه قال فيما اذا أخرج جناحا أو ميزاباً الى الطريق ثم باع ملكه بعد المطالبة بازالته ثم سقط فعليه الضمان . لأن خروجه الى غير ملكه حصل بفعله بخلاف ميل الحائط فانه لا فعل له فيه وانما يلزمه ازالته على وجه يمكن ولا يمكنه نقضه بعد زوال ملكه عنه (ومنها) لو اشترى عبداً بشرط العتق ثم باعه بهذا الشرط فهل يصح أم لا . على وجهين حكاهما الأزجى فى نهايته وصحح عدم الصحة لأنه يتسلسل ولأن تعلق حق العتق الواجب عليه يمنع الصحة ، كما لو نذر عتق عبد فانه لا يصح بيعه وعندى أن هذا الخلاف مترتب(١) على ان الحق هل هو لله ويجبر عليه ان أباه اوللبائع ، فعلى الأول هو كالمنذور عتقه وعلى الثانى يسقط الفسخ لزوال الملك وللبايع الرجوع بالأرش فان هذا الشرط ينقص به الثمن عادة ، ويحتمل ان يثبت له الفسخ لسبق حقه (ومنها) لو باع العبد الجانى لزمه افتداؤه فان كان معسرا فسخ البيع تقديماً لحق المجنى عليه لسبقه (ومنها) لو باع الوارث التركة مع استغراقها بالدين(٢) ملتزما لضمانه ثم عجز عن وفائه فانه يفسخ البيع (ومنها) لو باع نصاب الزكاة بعد الوجوب ثم أعسر فهل يفسخ فى قدر الزكاة ام لا ، فيه وجهان مرتبان على ان الزكاة هل كانت متعلقة بعين المال أو بذمة ربه فان قيل بعين المال فسخ البيع لاستيفائها منه والا فلا .

﴿ القاعـــدة الخامسة والعشرون ﴾

من ثبت له ملك عين ببينة او اقرار فهل يتبعها ما يتصل بها أو تولد منها أم لا . فى المسألة خلاف ولها صور :

(منها) أن من ثبت له ملك أمة فى يد غيره ومعها ولدها فهل يتبعها فى الملك اذا ادعاه على وجهين (احدهما) لا وهو الذى ذكره القاضى لأنه لا يتبعها فى بيع ولا غيره ويجوز ان يكون ولدته قبل ملكه لها (والثانى) واليه ميل ابن عقيل أنه يتبعها لأنه من أجزائها وقد ثبت سبق اليد الحكمية لليد المشاهدة فتكون مرجحة عليها ، ويشبه هذه المسألة ما اذا ادعى أمة فى يد غيره انها أم ولده وان

(١) فى نسختنا مرتب (٢) الدين نسختنا

ولدها منه[حر] وأقام بذلك شاهداوحلف معه أورجلاوامرأتين ثبت ملكه عليهاوثبت استيلادها باقراره وفى الولد روايتان حكاهما أبوالخطاب (احداهما) يثبت نسبه وحريته لكونه من نمائها فيتبعها ويكون ثبوت ذلك بالاقرار لا بالبينة (والثانية) لايثبت النسب ولا الحرية لأنهما لايثبتان بهذه الشهادة وفيه وجه يثبت النسب دون الحرية وتبقى[صحة] الولد على ملك من كانت بيده بناء على صحة استلحاق نسب العبد كما جزم به صاحب التلخيص (ومنها) لو ثبت له ملك أرض فى يد غيره ببينة او اقرار وفيها شجر قائم فهل يتبعها أم لا . يحتمل أن يخرج على وجهين بناء على ان الشجر هل يتبع فى البيع ام لا وافتى الشيخ تقى الدين رحمه الله ان ما كان متصلا بالأرض من الشجر فيد أهل الأرض ثابتة عليه مالم تأت حجة تدفع(١) موجب اليد ، مثل أن يكون الغارس قد عرف أنه غرسه بماله وهو ظاهر كلام القاضى وابن عقيل فى الرهن فيما اذا اختلف المتراهنان فى رهنية الشجر فى الأرض المرهونة أن القول قول المالك لأن الاختلاف هنا فى عقد واليد لا تدل عليه بخلاف مالو كان الاختلاف فى ملك وصرح صاحب التلخيص بان مافى دار الانسان يكون فى يده ولو كان منفصلا منقولا ويحتمل تخريج ذلك على الروايتين فى ملك المباحات الحاصلة فى ارضه بمجرد حصولها فى الأرض نظراً الى ان الأرض هل هى كاليد ام لا فان قامت البينة أن هذه الشجرة له وعليها ثمر فقال ابن عقيل يحكم له به حتى لو كان الثمر بيد رجل وتبين سبق ملك الشجرة لغيره حكم له بالثمرة لثبوت سبق ملكه على اخذ غيره للثمرة و[يتخرج]فيه وجه آخر كالولد وبه جزم ابن عقيل فى كتاب القضاء (ومنها) لو ثبت ان هذا العبد ملك له وهو فى يد غيره وعلى العبد ثياب فادعاها من العبد فى يده . فقال صاحب الكافى والترغيب هى له لأن يده عليها وهى منفصلة عن العبد ويحتمل وجهين آخرين (احدهما) ان مايتبع العبد من الثياب فى البيع يتبعه هاهنا ومالا فلا (والثانى)ان تطاولت مدة هذه اليد بحيث تبلى فيها ثياب العبد عادة فالقول قول من هى فى يده والا فلا الحاقا لها بالعيب المتنازع فى حدوثه عند البائع او المشترى اذا لم يحتمل الحال الا قول احدهما وحده (ومنها) لو تنازع المؤجر والمستأجر فى شىء من الدار المستأجرة فذكر الأصحاب ان مايتبع فى البيع فهو للمؤجر ومالا يتبع ان كانت جرت به العادة فى المنازل ففيه خلاف . والمنصوص انه للمؤجر ايضاً وكذلك الوجهان لو تنازع المؤجر والمستأجر فى كنز مدفون فى الأرض وهل الحكم مختص بحالة بقاء يد المستأجر أم لا . صرح فى التلخيص فى مسألة الكنز بأن الخلاف فى صورة بقاء الاجارة وانقضائها ، ويشهد له مسألة المال المدفون اذا ادعاه من

(١) ن : ترفع .

كانت الأرض له ووصفه أنه يقبل منه وكذلك حكم اختلاف الزوجين فى متاع البيت جاز(١) مع بقاء الزوجية وزوالها فى أحد الطريقين للأصحاب (ومنها) لو اقرله بمظروف فى ظرف كتمر فى جراب أو كسيف فى قراب أو فص فى خاتم أو رأس وا كارع فى شاة أو نوى فى تمر ففيه وجهان اشهرهما يكون مقرا بالمظروف دون ظرفه ، وهو قول ابن حامدو القاضى واصحابه لأن الظرف غير مقر به وانما هو موصوف به فهو كقوله دابة فى اصطبل والوجه الثانى [هو] مقر بهما والا لم يكن ثم فائدة لذلك الظرف . وفرق بعض المتأخرين بين مايتصل بظرفه عادة أو خلقة فيكون اقراراً به دون ماهو منفصل عنه عادة ويحتمل التفريق بين ان يكون الثانى تابعا للأول فيكون اقراراً به كتمر فى جراب أوسيف فى قراب وبين أن يكون متبوعا فلا يكون اقراراً به كنوى فى تمر ورأس فى شاة وأما ان قال خاتم فيه فص وجراب فيه تمر وقراب فيه سيف فقيل هو على الوجهين مطلقا وقيل فى قوله خاتم فيه فص انه اقرار بهما جميعا بغير خلاف لأن اطلاق الخاتم يدخل فيه الفص فاذا وصفه بالفص تيقن دخوله فيه ولم يجز اخراجه منه كقوله نعل لها شراك أو شاة عليها صوف أو فى ضرعها لبن ونحو ذلك وفى التلخيص لو أقر بخاتم ثم جاء بخاتم فيه فص وقال ماأردت الفص احتمل وجهين أظهرهما دخوله لشمول الاسم قال ولو قال له عندى جارية فهل يدخل الجنين فى الاقرار اذا كانت حاملا يحتمل وجهين .

﴿ القاعـــدة السادسة والعشرون ﴾

من أتلف شيئا لدفع أذاه له لم يضمنه وان اتلفه لدفع أذاه به ضمنه ويتخرج على ذلك مسائل :

(منها) لو صال عليه حيوان آدمى أو بهيمة(٢) فدفعه عن نفسه بالقتل لم يضمنه ولو قتل حيوانا لغيره فى مخمصة ليحيي به نفسه ضمنه (ومنها) لو صال عليه صيد فى احرامه فقتله دفعا عن نفسه لم يضمنه على أصح الوجهين وان اضطر فقتله فى المخمصة ليحيي به نفسه ضمنه (ومنها) لو حلق المحرم رأسه لتأذيه بالقمل والوسخ فداه لأن الأذى من غير الشعر ولو خرجت فى عينه شعرة فقلعها أو نزل الشعر على عينيه فأزاله لم يفده (ومنها) لو أشرفت السفينة على الغرق فألقى متاع غيره ليخففها ضمنه ولو سقط عليه متاع غيره فخشى ان يهلكه فدفعه فوقع فى الماء لم يضمنه (ومنها) لو وقعت بيضة نعامة من شجرة فى الحرم على [عين] انسان فدفعها فانكسرت فلا ضمان عليه بخلاف مالو احتاج الى أكلها لمخمصة (ومنها) لو قلع شوك الحرم لأذاه لم يضمنه ولو احتاج الى ايقاد غصن

(١) فى نسختى الدار : جار . (٢) فيهما : أوبهيم .

شجرة ضمنه ذكره أبو الخطاب وغيره وخالف صاحب المغنى فى جواز قطع الشوك للنص الوارد فيه .

﴿ القاعـــدة السابعة والعشرون ﴾

من أتلف نفسا أو أفسد عبادة لنفع يعود الى نفسه فلا ضمان عليه ، وان كان النفع يعود الى غيره فعليه الضمان .

فمن ذلك الحامل والمرضع اذا أفطرتا خوفا على أنفسهما فلا فدية عليهما ، وان أفطرتا خوفا على ولديهما فعليهما الفدية فى المشهور عند الأصحاب (ومنها [١]) لو نجى غريقا فى رمضان فدخل الماء فى حلقه وقلنا يفطر به فعليه الفدية ، وان حصل له بسبب انقاذه ضعف فى نفسه فأفطر فلا فدية عليه كالمريض فى قياس المسألة التى قبلها وفى التلخيص بعد ان ذكر الفدية على الحامل والمرضع للخوف على جنينهما ، وهل يلحق بذلك من افتقر الى الافطار لانقاذ غريق يحتمل وجهين (ومنها) لو دفع صائلا عليه بالقتل لم يضمنه ولو دفعه عن غيره بالقتل ضمنه ذكره القاضى وفى الفتاوى الرجبيات عن ابن عقيل وابن الزاغونى لا ضمان عليه ايضا (ومنها) لو اكره على الحلف بيمين لحق نفسه فحلف دفعا للظلم عنه لم تنعقد يمينه ولو اكره على الحلف لدفع الظلم عن غيره فحلف انعقدت يمينه ذكره القاضى فى شرح المذهب وفى الفتاوى الرجبيات عن ابى الخطاب ايضا لا تنعقد وهو الأظهر

﴿ القاعـدة الثامنة والعشرون ﴾

اذا حصل التلف من فعلين احدهما مأذون فيه والآخر غير مأذون فيه وجب الضمان كاملا على الصحيح ، وان كان من فعلين غير مأذون فيهما فالضمان بينهما نصفين حتى لو كان احدهما من فعل من لا يجب الضمان عليه لم يجب على الآخر اكثر من النصف ويتفرع على ذلك مسائل :

(منها) اذا زاد الامام سوطا فى الحد فمات المحدود فحكى ابو بكر فى المسألة قولين (احدهما) يجب كمال الدية (والثانى) يجب نصفها والأول هو المشهور وعليه القاضى واصحابه لأن المأذون فيه لا اثر له فى الضمان وانما الجناية مازاد عليه فأسند بالضمان اليها (ومنها) لو اقتص من الجانى ثم جرحه هو أو غيره عدوانا وجب كمال الدية وفيه وجه آخر انه يجب نصفها (ومنها) لو رمى صيدا فأثبته ولم يوحه ثم رماه آخر رمية غير موحية ومات من الجرحين وجب ضمان

---

(١) فى د : ومنه فى كل القاعدة .

الصيد كله مجروحا بالجرح الأول على الثانى على المشهور من المذهب . لكن من الأصحاب من يعلله بأن رمى الثانى انفرد بالعدوان فاستقل بالضمان ومنهم من يعلله بان رميه كان سببا للتحريم فلذلك وجب عليه كمال الضمان ويتخرج على التعليل الأول وجه آخر بأنه يضمنه بنصف القيمة مما قبلها (ومنها) لو استأجر دابة لمسافة معلومة فزاد عليها او لحمل مقدار معلوم فزاد عليه فتلفت الدابة فأنه يضمنها بكمال القيمة نص عليه فى الصورة الأولى وخرج الأصحاب وجها آخر بضمان النصف من مسألة الحد وكذلك حكم ما اذا ركب الدابة مع المستأجر غيره فتلفت تحتهما (ومنها) اذا اشترك محل ومحرم فى جرح صيد ومات من الجرحين فانه يلزم المحرم ضمانه كاملا هذا ظاهر كلام احمد رحمه الله فى رواية ابن منصور ومهنا وقال القاضى فى المجرد مقتضى الفقه عندى أنه يلزمه نصف الجزاء وقاسه على مشاركة من لا ضمان عليه فى اتلاف النفوس والأموال والفرق واضح إذ الاذن هناك منتف وههنا موجود نعم ان قصد المحل اعانة المحرم ومساعدته على قتل الصيد توجه ماذكره القاضى فانه يكره له ذلك اويحرم عليه كما اذا باع من لا جمعة عليه لمن عليه الجمعة بعد النداء [(ومنها) لو اشترك فى جرح آدمى مقتص وغيره فهل يجب على شريك المقتص كمال الدية ونصفها على وجهين] (ومنها) لو تزوج امرأة ثم دفعها هو واجنبي فأذهب عذرتها ثم طلقها قبل الدخول فنص احمد فى رواية مهنا على أنه يجب على الأجنبي نصف الغرم (١) وهو ارش البكارة وعلى الزوج نصف المهر فقط من غير أرش . ووجه ذلك ان اذهاب البكارة على هذا الوجه غير مأذون فيه فيسقط الضمان به ولزم الأجنبي نصف الأرش ، واما الزوج فأرش البكارة غير مضمون عليه وإنما المضمون عليه المهر ولم يوجد مايقرره وخرج صاحب المغنى وجها آخر أنه يتقرر المهر كله على الزوج بهذا الفعل مع انفراده به ، لأن الأجنبي لو استقل بهذا الفعل للزمه مهر المثل كله على رواية منصوصة نقلها مهنا ايضا فاذا كان موجباً للمهر ابتداء فلأن يقرره أولى ولكن فى صورة الاشتراك فى الفعل غير المأذون فيه إنما يجب على الزوج نصف الضمان نعم يتخرج من هذه الرواية رواية أخرى ان الأجنبي هنا عليه نصف مهر المثل . واختار ابن عقيل ان الزوج هنا يجب عليه نصف أرش البكارة مع نصف المهر لأن الزوج انما يستحق اتلاف البكارة تبعا لاستيفاء حقه من الوطء فاذا أتلفه على غير هذا الوجه ضمنه كالمستعير اذا أتلف خمل المنشفة مثلا بغير استعمال فانه يضمن وأيضا فلو وجب لرجل قصاص على آخر فى نفسه فقطع بعض أعضائه عدوانا ضمنه لأنه لم يستحق اتلاف بعض اعضائه الا تبعا لاتلاف

---

(١) فى نسختى الدار . نصف العقر .

جملته لا استقلالا . وفيه وجه آخران الأرش كله اومهر المثل على الأجنبي لأن الزوج مأذون له فى اتلاف هذا الجزء فى الجملة فيكون الأجنبي منفردا بالجناية عليه فيستكمل عليه الضمان (١) [ولو رمى ثلاثة بالمنجنيق فرجع الحجر على أحدهم فقتله فهل تجب على الآخرين ثلثا ديته أو كمالها على روايتين]

﴿ القـــاعدة التاسعة والعشرون ﴾

من سومح فى مقدار يسير فزاد عليه فهل تنتفى المسامحة فى الزيادة وحدها أو فى الجميع فيه وجهان وللمسألة صور :

(منها) الوكيل فى البيع مع الاطلاق يملك البيع بثمن المثل وبدونه بما يتغابن بمثله عادة فاذا باع بمالا يتغابن بمثله عادة فهل يضمن بقية ثمن المثل كله او القدر الزائد عما يتغابن به عادة على وجهين ورجح ابن عقيل ضمان بقية ثمن المثل كله واستشهد له بالنجاسة الكثيرة فى الثوب يجب غسلها ولا يفرد ههنا مايعفى عنه بانفراده وكذلك العمل الكثير فى الصلاة فانه لو أفرد منه القدر المعفو عنه بانفراده فقد يصير الباقى يسيرا فيلزم العفو عن الكل وكذلك حكم ضرب الصبي معلمه أو المرأة زوجها ضربا مبرحا وماتا ضمن الدية كلها ولو عفى عن القدر المباح بانفراده لم يجب كمال الدية وهذه الصورة الأخيرة تردالى القاعدة التى قبل هذه حيث كان التلف تولد من ضرب مأذون فيه وغير مأذون فاوجب كمال الضمان كما لوزاد على الحد سوطا فلا دلالة له فيها (ومنها) لو أكل المضحى جميع أضحيته فهل يلزم ضمان ثلثها أو مايقع عليه الاسم على وجهين ولو تصدق أولا بما يقع عليه الاسم أجزأه لأن الصدقة بالثلث كله مستحب ليس بواجب على المشهور فى المذهب (ومنها) لو تعدى الخارج من السبيل موضع العادة فهل يجب غسل الجميع أو القدر المجاوز لموضع العادة ويجزىء الحجر فى موضع العادة على وجهين . أشهرهما ان الواجب غسل المتعدى خاصة وهو قول القاضى وربما نسبه الى نص احمد لأن هذا لا ينسب فيه الى تفريط وتعد بخلاف الوكيل والمضحى ، والثانى يلزمه غسل الجميع وبه جزم القاضى ابو يعلى الصغير ولم يحك فيه خلافا (ومنها) لو أدى زكاته الى واحد وقلنا يجب الأداء الى ثلاثة فهل يضمن الثلثين و مايقع عليه الاسم على وجهين .

---

(١) فيتكمل الضمان عليه : د

﴿ القـــاعدة الثلاثون ﴾

اذا خرج عن ملكه مال على وجه العبادة ثم طرأ مايمنع اجزاءه والوجوب فهل يعود الى ملكه ام لا فيه خلاف .

(فمن ذلك) اذا أوجب هديا او اضحية عن واجب فى ذمته ثم تعيبت فانها لاتجزيه وهل يعود المعيب الى ملكه على روايتين (ومنها) اذا عجل الزكاة فدفعها الى الفقير ثم هلك المال فهل يرجع بها ام لا على وجهين (ومنها) لوعجل عن ثلاثين من البقر تبيعا ثم نتجت عشرة قبل الحول وقلنا لا يجزىء التبيع عن شيء منها فهل يرجع به(١) يخرج على الوجهين .

﴿ القاعدة الحادية والثلاثون ﴾

من شرع فى عبادة تلزم بالشروع ثم فسدت فعليه قضاؤها على صفة التى افسدها سواء كانت واجبة فى الذمة على تلك الصفة أو دونها ويتخرج على ذلك مسائل :

(منها) إذا صلى المسافر خلف مقيم وفسدت صلاته فانه يجب عليه قضاؤها تامة (ومنها) إذا أحرم من بلده ثم افسد نسكه بجماع وجب قضاؤه والاحرام من موضع احرامه أولا نص عليه احمد بخلاف ما اذا أحصر فى نسكه ذاك ثم قضاه فانه لايلزمه الاحرام الا من الميقات نص عليه ايضا لأن المحصر فيه لم يلزمه اتمامه (ومنها) إذا عين عما فى ذمته من الهدى والأضحية ماهو أزيد صفة من الواجب ثم تلف فان كان تلفه بتفريطه فعليه إبداله بمثله وان كان بغير تفريط ففيه وجهان . حكاهما القاضى فى شرح المذهب وجزم صاحب المغنى بأنه لايلزمه أكثر مما كان فى ذمته لأن الزيادة وجبت بتعيينه وقد تلفت بغير تفريط فسقطت كما لو عين هديا تطوعا ثم تلف (ومنها) لو نذر اعتكافا فى شهر رمضان ثم أفسده فهل يلزمه قضاؤه فى مثل تلك الأيام على وجهين . وظاهر كلام أحمد لزومه وهو اختيار ابن أبى موسى لأن فى الاعتكاف فى هذا الزمن فضيلة لاتوجد فى غيره فلا يجزىء القضاء فى غيره كما لو نذر الاعتكاف فى المسجد الحرام ثم أفسده فانه يتعين القضاء فيه ولأن نذر اعتكافه يشتمل على نذر اعتكاف ليلة القدر فتعين لأن غيرها لايساويها وعلى هذا فنقول لو نذر اعتكاف عشرة أيام فشرع فى اعتكافها فى أول العشر الأواخر ثم أفسده لزمه قضاؤه فى العشر من قابل لأن اعتكاف العشر لزمه بالشروع عن نذره فاذا افسده لزمه قضاؤه على صفة ما أفسده .

---

(١) فى د : فهل يسترجع تخرج الخ .

﴿ القاعدة الثانية والثلاثون ﴾

يصح عندنا استثناء منفعة العين المنتقل ملكها من ناقلها مدة معلومة ، ويتخرج على ذلك مسائل :
(منها) المبيع إذا استثنى البائع منفعته مدة معلومة صح ، وحكى فيه رواية اخرى بعدم الصحة (ومنها) الوقف يصح ان يقف ويستثنى منفعته مدة معلومة أومدة حياته لأن جهالة المدة هنالا تؤثر فانها لاتزيد على جهالة مدة كل بطن بالنسبة الى من بعده (ومنها)العتق ويصح أن يعتق عبده ويستثنى نفعه مدة معلومة نص عليه لحديث سفينة وكذا لو استثنى خدمته مدة حياته وعلى هذا يتخرج أن يعتق امته ويجعل عتقها صداقها لأنه استثنى الانتفاع بالبضع ويملكه بعقد النكاح وجعل العتق عوضا عنه فانعقد فى آن واحد (ومنها) إذا كاتب أمته واستثنى منفعة الوطء فانه يصح على المذهب المنصوص فانه إنما نقل بالكتابة عن ملكه منافعها دون رقبتها (ومنها) الوصية فيصح أن يوصى برقبة عين لشخص وبنفعها لآخر مطلقا أومدة معلومة اونفعها(١) للورثة (ومنها) الهبة يصح أن يهبه شيئاً ويستثنى نفعه مدة معلومة وبذلك أجاب الشيخ موفق الدين رحمه الله (ومنها)عوض الصداق والخلع والصلح على مال وقياس المذهب صحة استثناء المنفعة فيها .

﴿ القاعدة الثالثة والثلاثون ﴾

الاستثناء الحكمى هل هو كالاستثناء اللفظى أم تغتفر فيه الجهالة بخلاف اللفظى(٢)فيه وجهان والصحيح عند صاحب المغنى الصحة ، وهو قياس المذهب خلافا للقاضى ويخرج على ذلك مسائل :
(منها) لو باعه أمة حاملا بحر وقلنا لا يصح استثناء الحمل لفظا فهل يصح ام لا على وجهين.
(ومنها)لو باعه عقارا تستحق فيه السكنى (٣) الزوجة المعتدة من الوفاة بالحمل فهل يصح قال فى المغنى لا ، لأن مدة الحمل مجهولة بخلاف مدة الأشهر ، وقال الشيخ مجد الدين فى مسودته على الهداية قياس المذهب صحة البيع وأطلق (ومنها) بيع الدار المؤجرة تصح وسواء علم المشترى بالاجارة أو لم يعلم نص عليه احمد فى رواية جعفر بن محمد ، وقال فى رواية الميمونى ليس له أن يبيعها حتى يبين فقد يكون مأخذه اشتراط العلم بالمستثنى من المنافع فى العقد ، وقيل لأن البيع المطلق يتناول(٤) المنافع وهى الآن ملك لغيره فيشبه تفريق الصفقة ولكن احمد انما اوجب بيان ذلك لأن تركه

---

(١) فى نسختنا يفتقر(٢) كذا فى نسختنا وفى ٧١٢ أو يبقيها : وفى ٧١١ أو بنفقتها (٣)سكنى : د
(٤) وفى نسختنا : تناول.

تدليس وتغرير ، ولم يتعرض للصحة و البطلان ، وسواء علم بمقدار مدة الاجارة أو لم يعلم هذا قياس المذهب ، وقد ذكروا أنه لو اشترى صبرة من طعام فبان تحتها دكة(١) فان علم بذلك فلا خيار له وإلا فله الخيار ، وعلمه بها يفضى الى دخوله على جهالة مقدار الصبرة ولو استثنى بلفظه ذلك لم يصح (ومنها) لو اشترى أمة مزوجة صح سواء علم بذلك او لم يعلم وتقع منافع البضع مستثناة فى هذا العقد حكما ، ولو استثناها فى العقد لفظا لم يصح (ومنها) لو اشترى شجرا [و] عليه ثمر أو أرضا فيها زرع أو دارا فيها طعام كثير صح ووقع بقاء الثمر والزرع والطعام مستثنى الى اوان تفريغه على ماجرت به العادة وذلك مجهول ، ولو استثنى بلفظه مثل هذه المدة لم يصح (ومنها) لو اشترى أمة او عبدا محرما صح ووقع مدة احرامه مستثنى من البيع ، وسواء علم(٢) بذلك [المشترى] او لم يعلم نص عليه أحمد مع ان مدة الاحرام لا تنضبط لاسيما بالعمرة قد يقع الابطاء فى السير لعائق أو غيره لكن قد يقال ان المسافة معلومة وافعال النسك معلومة فصار كاستثناء ظهر الدابة الى بلد معين .

﴿ القاعدة الرابعة والثلاثون ﴾

استحقاق منافع العبد بعقد لازم يمنع من سريان العتق اليها كالاستثناء فى العقد ، وأولى لأن الاستثناء الحكمى أقوى ، ولهذا يصح بيع العين المؤجرة والأمة المزوجة عند من لا يرى استثناء المنافع فى العقد خلافا للشيخ تقى الدين فى قوله يسرى العتق اليها ان لم يستثن ، ويتفرع على هذا مسائل :

(منها) اذا عتقت الأمة المزوجة لم تملك منفعة البضع التى هى مورد النكاح وإنما يثبت لها الخيار تحت العبد لأنها كملت تحت ناقص فزالت كفاءته بذلك او تعبدا غير معقول المعنى . ومن قال بسراية العتق قال قد ملكت بضعها فلم يبق لأحد عليها ملك فصار الخيار لها فى المقام مع الزوج او مفارقته سواء كان حرآ أو عبدا وعلى هذا لو استثنى منفعة بضعها للزوج صح ولم تملك الخيار سواء كان زوجها حرا أو عبدا ذكره الشيخ وقال هو مقتضى المذهب ويرد على هذا القول بملكها بضعها انه يلزم منه انفساخ نكاحها حيث لم يبق للزوج ملك عليها . ولا قائل بذلك على أنه يمكن ان يقال عتق بعضها لا يلزم منه ثبوت الخيار لها على الحر لأن حرية البضع لا تنافى استحقاق منفعته بعقد النكاح ابتداء فالحرية الطارئة به أولى (ومنها) لو اجر عبده مدة ثم اعتقه فى أثنائها لم تنفسخ الاجارة على المذهب ، وعند الشيخ تنفسخ الا ان يستثنيها فى العتق وخرج صاحب المقنع ذلك وجها لنا لا بناء على السراية بل بناء على زوال ولاية السيد عن عبده بعتقه فيكون كما لو اجر الولى الصبى مدة

(١) نسختنا : تكة (٢) الاصل : علمه .

ثم بلغ فى أثنائها فانه ينفسخ فى وجه [وهو ضعيف] فان الولى تنقطع ولايته بالكلية عن الصبى ببلوغه رشيدا بخلاف السيد فان له استثناء منافعه بالشرط، والاستثناء الحكمى اقوى كما تقدم (ومنها) لو اعتق الورثة العبد الموصى بمنافعه صح ولم يسر الى المنافع .

(القاعـــدة الخامسة والثلاثون)

من ملك منفعة عين بعـقد ثم ملك العـين بسبب آخر هل ينفسخ العـقد الأول أم لا هاهنا صورتان :

(احداهما) أن يكون العقد الذى ملك به المنفعة عقدا مؤبدا ، فان لم يكن عقد معاوضة فلا معنى لانفساخه كالموصى له بمنافع الأمة اذا اشتراها فانه يجتمع له ملكها بالعقدين ولا ضرر فى هذا (١) فهو كما لو كان ملكه للمنفعة بغير عقد كملك الورثة لمنافع العين الموصى برقبتها اذا اشتروها من الموصى له ، وان كان عقد معاوضة وهو النكاح انفسخ بملك الرقبة ، لأنه ملك ضعيف ومختلف فى مورده هل هو المنفعة او الانتفاع ويختص بمنفعة البضع ويملك به الاستمتاع بنفسه دون المعاوضة عليه فلا يجتمع مع الملك القوى ، وهو ملك الرقبة [بل يندفع به ولا نقول إنه يدخل ملكه فى ملك الرقبة] لأن مالك الرقبة لم يكن مالكا له فكيف يتضمن عقده على الرقبة بملكه (٢) بل نقول قد اجتمع له ملك الرقبة بجميع منافعها بجهة وملك البضع [ملكا] بجهة أخرى ضعيفة فبطلت خصوصيات الجهة الضعيفة كلها لمصيره مالكا للجميع ملكا تاما وهذا صحيح فانه لا يمكن بعد هذا الملك أن يقال انه يملك الانتفاع بالبضع دون منفعته ولا أنه يملك الانتفاع به بنفسه دون المعاوضة عليه فتعين الغاء خصوصيات عقد النكاح كلها .

(والصورة الثانية) ان يكون العقد المملوك به المنفعة غير مؤبد ، كالاجارة فاذا ملك [العين] بعد ذلك فهل ينفسخ ، فيه وجهان ويندرج تحت ذلك صور :

(منها) لو اشترى المستأجر العين المستأجرة من مؤجرها ففى انفساخ الاجارة وجهان حكاهما الأصحاب وربما حكى روايتان (أحدهما) ينفسخ لأنه ملك (٣) الرقبة فبطل ملك المنفعة كما لو اشترى زوجته (والثانى) لا ينفسخ وهو الصحيح وهو اختيار القاضى وابن عقيل والاكثرين لأن المنافع ملكها اولا بجهة الاجارة وخرجت عن ملك المؤجر ، والبيع بعد ذلك يقع على ما يملكه البائع وهو العين المسلوبة النفع فصار كما لو اشترى العين الموصى بمنافعها من الورثة واستأجر المنافع من

(١) ذلك : د (٢) ملكه : د (٣) فى نسختنا : يملك

مالكهافى عقد أو عقدين فان الاجارة لاتنفسخ بغير خلاف ولا منافاة بين ثبوت البيع والاجارة بخلاف النكاح . وأيضا فالملك ههنا اقوى من ملك النكاح لأنه يملك الانتفاع والمعاوضة ، ويملك به عموم المنافع فلاتنفسخ بملك الرقبة ، فان قيل لولم تنفسخ الاجارة لعادت المنافع بعد انقضاء مدتها الى المؤجر لأنه لم يدخل فى عقد البيع ، وانما استأجرها مدة مؤقتة بخلاف الزوج لأنه ملك المنفعة ملكا مؤبدا فالجواب أن [البائع باع](١) مايملكه من العين ومنافعها التى يستحقها بعد انقضاء مدة الاجارة فانه يملك العقد على المنافع التى تلى العقد والتى تتأخر عنه بالاجارة عندنا فبالبيع أولى ، اما ان كان الاستئجار من غير البائع وكان مالكا للمنافع المؤبدة فالاجارة باقية وتعود اليه بعد انقضاء المدة بغير تردد ، ولو ملك المستأجر العين بهبة فهو كما لو ملكها بشراء صرح به الشيخ مجد الدين فى مسودته على الهداية فأما ان وهب العين المستعارة من المستعير فانه تبطل العارية وذكره القاضى وابن عقيل لأنه عقد غير لازم (ومنها) لو استأجر داراً من أبيه ثم مات الأب وورثها فهل تنفسخ الاجارة فيه وجهان أيضا وخرجهما صاحب التلخيص من المسألة التى قبلها والمذهب عند القاضى فى الخلاف أنه لا ينفسخ كشراء المستأجر ، وقال فى المجرد ينفسخ وتوجه بأن الملك بالارث قهرى يقتضى تملك مالا يتملك مثله بالعقود فجاز أن يملك به المنافع المستأجرة من مستأجرها فتنفسخ الاجارة ، وأيضاً فقد ينبنى هذا على المنافع المستأجرة هل تحدث على ملك المؤجر ثم تنتقل الى ملك المستأجر فان قلنا بذلك فلا معنى لحدوثها على ملكه وانتقالها اليه . هذا اذا كان ثم وارث سواه لأن فائدة بقاء الاجارة استحقاق بقية الأجرة ، فاذا لم يكن وارث سواه فلا معنى لاستحقاقه العوض على نفسه إلا أن يكون على أبيه دين لغيره وقد مات مفلساً بعد أن أسلفه الأجرة (ومنها) لو اشترى طلعاً لم يؤبر فى رءوس نخله بشرط قطعه ثم اشترى أصله فى الحال ، فهل يتخرج انفساخ البيع فى الطلع على مامر من الوجهين لأنه بمنزلة المنفعة لتبعه فى البيع أم لا لأنه عين(٢) مستقلة، فيه تردد والمجزوم به فى الكافى انه لا ينفسخ بغير خلاف .

﴿القاعدة السادسة والثلاثون﴾

من استأجر عيناً ممن له ولاية الايجار ثم زالت ولايته قبل انقضاء المدة فهل تنفسخ الاجارة هذا قسمان :

(أحدهما) أن تكون إجارته بولاية محضة فان كان وكيلا محضاً فالكلام فى موكله دونه

(١) الذى فى نسختنا فالجواب ان المالك مايملكه (٢) نسختنا : غيره .

وان كان مستقلا بالتصرف فان انتقلت الولاية إلى غيره لم تنفسخ الاجارة لأن الولى الثانى يقوم مقام الأول كما يقوم المالك الثانى مقام الأول وإن زالت الولاية عن المولى عليه بالكلية كصبي يبلغ بعد ايجاره أو ايجار عقاره والمدة باقية ففى الانفساخ وجهان أشهرهما عدمه وهو قول القاضى وأصحابه لأنه تصرف له تصرفاً لازماً فلا ينفسخ ببلوغه كما لو زوجه أو باع عقاره (والثانى) ينفسخ ذكره فى المغنى وجهاً لأنه أجره مدة لاولاية له عليه فيها بالكلية فأشبه اجارة البطن الأول للوقف اذا انقرض قبل انقضاء المدة وفارق البيع لأنه ينبرم فى الحال وتنقطع علقته(١) نعم لو كان بلوغه فى مدة الخيار ففيه نظر وكذا النكاح ينبرم من حينه، ويستقر المهر فيه بالدخول بخلاف الاجارة لأن الأجرة تتقسط فيها على المدة ولا يستقر الملك فيها إلا باستيفاء المنافع شيئا بعد شيء وذكر فى المغنى وجهاً آخر انه ان أجره مدة يعلم بلوغه فيها قطعاً لم يصح فى الزيادة (٢) ويخرج الباقى على تفريق الصفقة ونحوه ذكره صاحب التلخيص.

(والقسم الثانى) ان تكون اجارته بملك ثم تنتقل الى غيره وهو أنواع:

(أحدها) أن تنتقل عنه إلى من يملك بالقهر مايستولى عليه. فتنفسخ الاجارة لملكه المنافع الباقية منها ودخل تحت هذا اذا أجر مسلم شيئا ثم استولى عليه الكفار، واذا أجر الحربى شيئا لحربى ثم استولى عليه المسلمون. أما إن أجر الحربى شيئاً لمسلم أوذمى ثم استولى عليه المسلمون فالاجارة باقية لأن المنافع ملك لمعصوم فلا تملك (وثانيها) ان ينتقل الملك إلى من خلفه فى ماله ويقوم مقامه ويتلقى الملك عنه فلا اعتراض له على عقوده بل هو منفذ لها وذلك كالوارث والمشترى والمتهب والموصى له بالعين والزوجة اذا أخذت العين صداقا أو أخذه الزوج منها عوضاً عن خلع أو صلحاً أو غير ذلك (وثالثها) أن يكون مزاحماً للاول فى الاستحقاق ومتلقياً للملك عمن تلقاه الأول لكن لاحق له فى العين إلا بعد انتهاء استحقاقه كالبطن الثانى من أهل الوقف اذا أجر البطن الأول ثم انقرض والاجارة قائمة وفيه وجهان (احدهما) وهو ماقال القاضى فى المجرد أنه قياس المذهب إنه لاتنفسخ لأن الثانى لاحق له فى العين إلا بعده فهو كالوارث (والثانى) وهو المذهب الصحيح وبه جزم القاضى فى خلافه. وقال إنه ظاهر كلام أحمد وابنه أبى الحسين وحكياه عن أبى اسحاق بن شاقلا واختاره ابن عقيل وغيره أنه ينفسخ لأن الطبقة الثانية تستحق العين بجميع منافعها تلقياً عن الواقف بانقراض الطبقة الأولى فلا حق للاولى فيه بعد انقراضهم بخلاف الورثة فانهم لايتلقون عن مورثهم(٣) الا ماخلفه فى ملكه من الأموال ولم يخلف هذه المنافع وحق

(١) فى نسختنا: علته (٢) فى الزائد: د (٣) نسختنا: موروثهم

المالك لم ينقطع عن ميراثه بالكلية بل آثاره باقية ولذلك تقضى ديونه وتنفذ وصاياه من الشركة وهى ملكه على قوله الى أن تقضى ديونه فكيف يعرض عليه فى تصرفاته بنفسه ، وأيضاً فهو كان يملك التصرف فى ماله على التأبيد بوقف عقاره والوصية به وبما تحمل شجرته أبدا والموقوف عليه بخلافه فى ذلك كله وخرج صاحب المغنى وجها آخر ببطلان العقد من أصله بناء على تفريق الصفقة كما سبق لكن الأجرة ان كانت مقسطة على أشهر مدة الاجارة أو أعوامها فهى صفقات متعددة على أصح الوجهين فلا تبطل جميعا ببطلان بعضها وان لم تكن مقسطة فهى صفقة واحدة فيطرد فيها الخلاف المذكور .

واعلم أن فى ثبوت الوجه الأول نظر ، لأن القاضى انما فرضه فيما اذا أجر الموقوف عليه لكون النظر له مشروطا . وهذا محل تردد أعنى اذا أجر بمقتضى النظر المشروط له هل يلحق بالناظر العام فلا ينفسخ بموته الاجارات أم لا . فان من أصحابنا المتأخرين من ألحقه بالناظر العام فى ذلك وهكذا حكم المقطع اذا أجر أقطاعه ثم انتقلت عنه الى غيره بأقطاع أحد (ورابعها) أن يكون مزاحماً للاول فى استحقاق التلقى عمن تلقى عنه الأول بسبق حقه وتقديمه عليه وهو المشترى للشقص المشفوع اذا أجر ، وقلنا بصحة تصرفاته بالاجارة او غيرها ثم انتزعه الشفيع وفيه ثلاثة أوجه (أحدها) وهو ماذكره صاحب المقنع لاتنفسخ الاجارة ، لأن ملك المؤجر ثابت ويستحق الشفيع الأجرة من يوم أخذه لأنه يستحق انتزاع العين والمنفعة . فاذا فات أحدهما رجع الى بدله وهو الأجرة هاهنا كما نقول فى الوقف اذا انتقل الى البطن الثانى ولم تنفسخ اجارته انهم يستحقون الأجرة من يوم الانتقال . وكذلك نص احمد فى رواية جعفر بن محمد على مثل ذلك فى بيع العين المؤجرة وان المشترى يستحق الأجرة من حين البيع ، وهو مشكل لأن المنافع فى مدة الاجارة غير مملوكة للبائع فلا يدخل فى عقد البيع ويجاب عنه بأن البائع يملك عوضها وهو الأجرة ولم يستقر بعد ولو انفسخ العقد لرجعت المنافع اليه فاذا باع العين ولم يستثن شيئا لم تكن تلك المنافع ولا عوضها مستحقا له لشمول البيع للعين ومنافعها فيقوم المشترى مقام البائع فيما كان يستحقه منها وهو استحقاقه عوض المنافع مع بقاء الاجارة وفى رجوعها اليه مع الانفساخ وهذا هو أحد الوجهين للاصحاب ، وهو مثال نص احمد المذكور أولا ، وما ذكرنا[ه] قبل ذلك من رجوع المنافع الى البائع عند الانفساخ هو الذى ذكره صاحب المغنى (والثانى) أنه تنفسخ الاجارة بأخذه وهو المجزوم به فى المحرر لماقلنا من ثبوت حقه فى العين والمنفعة فيملك انتزاع كل منهما ممن هو فى يده وفارق اجارة الوقف على وجه لأن البطن الثانى لاحق لهم قبل انقراض الأول وهنا

حق الشفيع ثابت قبل ايجار المشترى فينفسخ بأخذه لسبق حقه ولهذا قلنا على رواية أن تصرف المشترى فى مدة الخيار مراعى فان فسخ البائع بطل ، وايضا فلو لم تنفسخ الاجارة لوجب ضمان المنافع على المشترى بأجرة المثل لا بالمسمى لأنه ضمان حيلولة كما قلنا فى أحد الوجهين اذا أعتق عبده المستأجر لزمه ضمان قيمة منافعه فيما بقى من المدة ، والثالث أن الشفيع بالخيار بين أن يفسخ الاجارة أو يتركها وهو ظاهر كلام القاضى فى خلافه فى مسألة اعارة العارة وهو أظهر فان الاجارة بيع المنافع ، ولو باع المشترى العين أو بعضها كان الشفيع مخيراً بين الاخذ ممن هو فى يده وبين الفسخ ليأخذ من المشترى . وخامسها (١) ان ينفسخ ملك المؤجر ويعود الى من انتقل الملك اليه منه فالمعروف من المذهب أن الاجارة لا تنفسخ بذلك لان فسخ العقد رفع له من حينه لا من أصله وصرح ابو بكر فى التنبيه بانفساخ النكاح لو أنكحها المشترى ثم ردها بعيب بناء على أن الفسخ رفع للعقد من أصله : وقال القاضى وابن عقيل فى خلافيهما الفسخ بالعيب رفع للعقد من حينه والفسخ بالخيار رفع للعقد من أصله لان الخيار يمنع اللزوم بالكلية ولهذا يمنع معه من التصرف فى المبيع وثمنه بخلاف العيب .

﴿ القاعدة السابعة والثلاثون ﴾

فى توارد العقود المختلفة بعضها على بعض ، وتداخل احكامها ويندرج تحتها صور :

(منها) اذا رهنه شيئا ثم أذن له فى الانتفاع به ، فهل يصير عارية حالة الانتفاع أم لا قال القاضى فى خلافه وابن عقيل فى نظرياته وصاحب المغنى والتلخيص يصير مضمونا بالانتفاع لأن ذلك حقيقة العارية واورد ابن عقيل فى نظرياته فى وقت ضمانه احتمالين (أحدهما) أنه لا يصير مضمونا بدون الانتفاع (والثانى) يصير مضمونا بمجرد القبض اذا قبضه على هذا الشرط ، لأنه صار ممسكا للعين لمنفعة نفسه منفردا به [وهل] يزول لزومه أم لا ينبنى على أن اعارة الراهن باذن المرتهن هل يزيل لزوم الرهن ام لا وفيه طريقان (احداهما) أنه على روايتين وهى طريقة المحرر (والثانية) ان اعاره من المرتهن لم يزل اللزوم بخلاف غيره وهى طريقة المغنى وقال صاحب المحرر فى شرح الهداية ظاهر كلام احمد أنه لا يصير مضمونا بحال [و] يشهد له قول ابى بكر فى خلافه شرط منفعة الرهن باطل وهو رهن بحاله (ومنها) اذا اودعه شيئا ثم اذن له فى الانتفاع به فقال القاضى فى خلافه وابن عقيل فى نظرياته وصاحب التخليص يصير مضمونا حالة الانتفاع لمصيره عارية حينئذ ، قال ابن عقيل

(١) كذا فى الاصول جميعها لم تذكر الرابعة .

ولا يضمن بالقبض قبل الانتفاع هاهنا لأنه لم يمسكه لمنفعة نفسه منفردا بل لمنفعته ومنفعة مالكه بخلاف الرهن ومن المتأخرين من قال ظاهر كلام احمد أنه لايصير مضمونا ايضا كالرهن وفرق صاحب المحرر بينهما ولا اختلاف[ههنا] بين العقدين فى الجواز الا ان يكون مدة الانتفاع مؤقتة فيخرج فيها وجه باللزوم من رواية لزوم العارية المؤقتة (ومنها) اذا اعاره شيئا ليرهنه صح نص نص عليه ونقل ابن المنذر الاتفاق عليه ويكون مضمونا على الراهن لأنه مستعير وأمانة عند المرتهن عليه واما اللزوم وعدمه فقال الاصحاب هو لازم بالنسبة الى الراهن والمالك لكن للمالك المطالبة بالافتكاك فاذا انفك زال اللزوم فيرجع فيه المالك واستشكل ذلك الحارثى وقال اما ان يكون لازما فلا يملك المالك المطالبة قبل الاجل وتكون العارية هنا لازمة لتعلق حق الغير وحصول الضرر بالرجوع كما فى العارية كبناء حائط ووضع خشب وشبهها انتهى وصرح ابو الخطاب فى انتصاره بعدم لزومه فان للمالك انتزاعه (١)من يد المرتهن فيبطل الرهن (ومنها) لوأعاره شيئاثم رهنه عنده فقال ابو البركات فى الشرح قياس المذهب صحته ويسقط ضمان العارية لأنها ليست لازمة وعقد هذه الامانة لازم ثم أخذه من كلام الامام احمد فى ور[و]د عقد الاعارة على الرهن كما سبق ويتخرج فى هذه المسألة مافى تلك (ومنها) ورود عقد الرهن على الغصب فيصح عندنا ذكره ابو بكر والقاضى ويبرأ به الغاصب وكذا لو أودعه عنده او اعاره اياه او استأجره لخياطته او نحوها ذكره ابو الخطاب وغيره وذكر القاضى فى خلافه فيما اذا استأجر[ه] لخياطته ونحوها هل يبرأ به على وجهين ، وذكر هو فى المجرد وابن عقيل فى الفصول فى المضاربة اذا جعل المالك المغصوب مع الغاصب مضاربة صح ولم يبرأ من ضمانه الى ان يدفعه ثمنا فيما يشترى به فيبرأ حينئذ من الضمان وعلى قول ابى الخطاب يبرأ فى الحال (ومنها) رهن المبيع المضمون على البائع قبل قبضه على ثمنه اوغيره اذا قيل بصحته يزول به الضمان على قياس التى قبلها لأن يده صارت يد ارتهان (ومنها) لو قال الراهن للمرتهن ان جئتك بحقك الى وقت كذا والا فالرهن لك بالدين وقبل ذلك فهو امانة عنده الى ذلك الوقت ، ثم يصير مضمونا ، لأن قبضه صار بعقد فاسد ذكره القاضى وابن عقيل والمنصوص عن أحمد فى رواية محمد بن الحسن بن هرون أنه لايضمنه بحال ذكره القاضى فى الخلاف لأن الشرط يفسد فيصير وجوده كعدمه (ومنها) لو كاتب المدبر او دبر المكاتب صح نص عليه ، ثم ان مات السيد ولم يؤد العبد من الكتابة شيئا عتق بالتدبير من الثلث وهل يكون كسبه له كما لو عتق فى حياة السيد وهو مكاتب او للورثه كعتقه بالتدبير على وجهين ، وهكذا حكم

(١) فى نسختنا انتزاحه .

الاستيلاد والكتابة ، ونقل ابن الحكم عن أحمد ما يدل على بطلان التدبير بالكتابة بناء على ان التدبير وصية فيبطل بالكتابة

﴿ القاعـــدة الثامنة والثلاثون ﴾

فيما اذا وصل بألفاظ العقود مايخرجها عن موضوعها فهل يفسد العقد بذلك او يجعل كناية عما يمكن صحته على ذلك الوجه ، فيه خلاف يلتفت الى أن المغلب هل هو اللفظ او المعنى ، ويتخرج على ذلك مسائل :

(منها) لو اعاره شيئا وشرط عليه العوض فهل يصح ام لا على وجهين (احدهما) يصح ويكون كناية عن القرض فيملكه بالقبض اذا كان مكيلا او موزونا ذكره ابو الخطاب فى انتصاره ، وكذلك ذكر القاضى فى خلافه وابو الخطاب فى موضع من رءوس المسائل انه يصح عندنا شرط العوض فى العارية كما يصح شرط العوض فى الهبة لأن العارية هبة منفعة ولا تفسد بذلك مع أن القاضى قرر أن الهبة المشروط فيها العوض ليست بيعا وانما الهبة تارة تكون تبرعا وتارة تكون بعوض ، وكذلك العتق ولا يخرجان من موضوعها فكذلك العارية وهذا مأخذ آخر للصحة (والثانى) انها تفسد بذلك وجعله ابو الخطاب فى موضع آخر المذهب لأن العوض يخرجها عن موضعها وفى التلخيص اذا أعاره عبده على أن يعيره الآخر فرسه فهى اجارة فاسدة غير مضمونة فهذا(١) رجوع الى انها كناية فى عقد آخر والفساد اما ان يكون لاشتراط عقد فى عقد آخر وأما لعدم تقدير المنفعتين وعليه خرجه الحارثى وقال وكذلك لو قال اعرتك عبدى لتمونه او دابتى لتعلفها وهذا يرجع الى ان مؤنة العارية على المالك وقد صرح الحلوانى فى التبصرة بأنها على المستعير (ومنها) لو قال خذ هذا المال مضاربة والربح كله لك أو لى فقال القاضى وابن عقيل هى مضاربة فاسدة يستحق فيها اجرة المثل ، وكذلك قال صاحب المغنى لكنه قال لا يستحق شيئا فى الصورة الثانية لأنه دخل على ان لا شىء له ورضى به ، وقال ابن عقيل فى موضع آخر من المساقاة ، وقال فى المغنى فى موضع آخر انه ابضاع صحيح فراعى الحكم دون اللفظ وعلى هذا فيكون فى الصورة الأولى قرضا (ومنها) لو استأجر المكيل او الموزون او النقود او الفلوس ولم يذكر ما يستأجرها له فقال القاضى فى خلافه فى الاجارات(٢) يصح ويكون قرضا وله(٣) وجه آخر أنه لا يصح (ومنها) لو اجره الارض بثلث مايخرج منها من زرع نص احمد على صحته واختلف الاصحاب فى معناه فقال القاضى هى اجارة على حد المزارعة

(١) وهذا : د (٢) نسختنا : العبادات (٣) ولنا : د

تصح بلفظ الاجارة وحكمها حكمها ، وقال ابو الخطاب وابن عقيل وصاحب المغنى هى مزارعة بلفظ الاجارة فتصح على قولنا يجوز ان يكون البذر من العامل والافلا (ومنها) لو اسلم فى شىء حالا فهل يصح ويكون بيعا اولا يصح فيه وجهان (احدهما) وهو ظاهر كلام احمد فى رواية المروذى لايصح البيع بلفظ السلم (والثانى) يصح قاله القاضى فى موضع من خلافه (ومنها) اذا قال انت على حرام اعنى به الطلاق وقلنا الحرام صريح فى الظهار فهل يلغو تفسيره ويكون ظهارا أو يصح ويكون طلاقا على روايتين (ومنها) لو قال له فى دين السلم صالحنى منه على مثل الثمن قال القاضى يصح ويكون اقالة وقال هو وابن عقيل لايجوز بيع الدين من الغريم بمثله لأنه نفس حقه فيخرج فى المسألة وجهان التفاتا الى اللفظ والمعنى .

﴿ القاعـــدة التاسعة والثـــلاثون ﴾

فى انعقاد العقود بالكنايات واختلاف الاصحاب فى ذلك . فقال القاضى : فى مواضع لاكناية الا فى الطلاق والعتاق وسائر العقود لا كناية فيها ، وذكر ابو الخطاب فى الانتصار نحوه وزاد ولاتحل العقود بالكنايات غير النكاح والرق ، وقال فى موضع آخر منه تدخل الكنايات فى سائر العقود سوى النكاح لا شتراط الشهادة عليه وهى لاتقع على النية وأشار اليه صاحب المغنى ايضا وكلام كثير من الاصحاب يدل عليه . وهل المعاطاة التى ينعقد بها البيع والهبة ونحوهما الا كنايات وكذلك كنايات الوقف تنعقد به فى الباطن صرح به الحلوانى ، وقد تقدم فى القاعدة التى قبلها كثير من فروع هذه القاعدة (ومنها) لو أجره عينا بلفظ البيع ففى الصحة وجهان . وقال صاحب التلخيص ان أضاف البيع الى العين لم يصح والوجهان فى اضافتها الى المنفعة (ومنها) الرجعة بالكنايات ان اشترطنا الاشهاد عليها لم يصح والا فوجهان وأطلق صاحب الترغيب وغيره الوجهين(١) والأولى ماذكرنا فأما قوله لأمته اعتقتك وجعلت عتقك صداقك فجعله ابن حامد كناية ولم يعقد به النكاح حتى يقول وتزوجتك وقال القاضى هو صريح بقرينة ذكر الصداق فان الصريح قد يكون مجازا اذا اشتهر وتبادر فهمه ولو مع القرينة وفسره القاضى بأنه الظاهر ولا يشترط ان يكون نصا وكلام احمد صريح فى ان هذا اللفظ كناية فانه قال فى رواية صالح اذا قال اجعل عتقك صداقك او قال صداقك عتقك كل ذلك جائز اذا كانت له نية فنيته تصرح باعتبار النية وتأوله القاضى بتأويل بعيد جدا وكذلك نص احمد على ما إذا قال الخاطب للولى ازوجت وليتك قال نعم و[قال] للمتزوج اقبلت

(١) فيهما : وأطلق الوجهين صاحب الترغيب .

قال نعم ان النكاح ينعقد به . وذكره الخرقى ونعم ههنا كناية لأن التقدير نعم زوجت ونعم قبلت ، واكثر مايقال انها صريحة فى الاعلام بحصول الانشاء فالانشاء انما استفيد منها وليس فيها من ألفاظ صريح الانشاء شيء فيكون كناية عن لفظ النكاح وقبوله .

﴿ القاعـــدة الأربعون ﴾

الأحـكام المتعلقة بالأعيان بالنسبة الى تبدل الأملاك واختلافها عليها نوعان :

(أحدهما)ما يتعلق الحكم فيه بملك واحد فاذا زال ذلك الملك سقط الحكم وصور ذلك كثيرة :

(منها) الاجارة فمن استأجر شيئاً مدة فزال ملك صاحبه عنه بتملك قهرى يشمل العين والمنفعة ثم عاد الى ملك المؤجر والمدة باقية لم تعد الاجارة هذا هو الظاهر لأن ملك المستأجر زال عن المنافع وثبت له الرجوع على المالك بقسطه من الأجرة فاذا استوفاه منه لم يبق له حق فتعود العين بمنافعها ملـكا للمؤجر اما ان لم يستوف شيئاً فقد سبق نظائرها فى قاعدة من تعذر عليه الأصل واستقر حقه فى البدل ثم وجد الأصل فيحتمل وجهين والأظهر هنا عـدم استحقاق المنافع لأن حقه سقط منها وانتقل الى بدلها (ومنها) الاعارة فلو أعاره شيئاً ثم زال ملـكه عنه ثم عاد لم تعد الاعارة (ومنها) الوصية تبطل بازالة الملك ولاتعود بعوده

(النوع الثانى) ما يتعلق الحكم فيه بنفس العين من حيث هى تعلقاً لازماً لايختص تعلقه بملك دون ملك وله (١) صور .

(منها) الرهن فاذا رهن عيناً رهنا لازما ثم زال ملكه عنها بغير اختياره ثم عاد فالرهن باق بحاله لأنه وثيقة لازمة للعين فلا تنفك بتبدل الأملاك كأرش الجناية غير ان الأرش لازم لرقبة الجانى بدون القبض والرهن لايلزم أولا يصح بدون القبض ، وذكر الأصحاب صوراً يعود فيها الرهن بعود الملك :

(منها) لو سبا الـكفار العبد المرهون ثم استنقذ منهم عاد رهنا بحاله نص عليه الامام احمد

(ومنها) لو تخمر العصير المرتهن ثم تخلل فانه يعود رهنا كما كان[و] كذلك يعود الرهن بعدزواله وان كان ملك الراهن باقياً عليه فى مواضع .

(منها) لو صالحه من دين الرهن على مايشترط قبضه فى المجلس صح الصلح وبرئت ذمته من الدين وزال الرهن فان تفرقا قبل القبض بطل الصلح وعاد الدين والرهن بحاله (ومنها) ماقاله

(١) ولها : نسختنا

أبو بكر إنه ان عاد الرهن الى الراهن بطل الرهن فان عاد اليه عاد رهنا كما كان وفى كلام احمد نحوه وتأوله القاضى وابن عقيل على أنه بطل لزومه لأنه لو بطل بالكلية لم يعد بدون عقد وهذا باطل بمسألة الصلح وقد وافقا عليها والظاهر أن الرهن لا يبطل بعد لزومه بدون رضى المرتهن .

(ومن صور هذا النوع) المكاتب فان المكاتبة عقد لازم ثابت فى الرقبة فلا يسقط بانتقال الملك فيه (ومنها) الأضحية المعينة فان الحق ثابت فى رقبتها لا يزول بدون اختيار المالك فاذا تعيبت خرجت عن كونها أضحية فاذا زال العيب عادت أضحية كما كانت ذكره ابن عقيل فى عمده (ومنها) التدبير على احدى الروايتين (ومنها) رجوع الزوج فى نصف الصداق بعد الفرقة فانه يستحقه سواء كان قد زال ملك الزوجة عنه ثم عاد أو لم يزل لأن حقه متعلق بعينه (ومنها) عروض التجارة اذا خرجت عن ملكه بغير اختياره ثم عادت فانه لا ينقطع الحول بذلك كما اذا تخمر العصير ثم تخلل ذكره ابن عقيل وغيره (ومنها) صفة الطلاق تعود بعود النكاح وسواء وجدت فى زمن البينونة أو لم توجد على المذهب الصحيح (ومنها) صفة العتق تعود بعود ملك الرقيق فى أشهر الروايتين وفى الأخرى لا تعود اذا وجدت الصفة بعد زوال الملك وفرق القاضى بين الطلاق والعتاق بأن ملك الرقيق لا يبنى فيه أحد الملكين على الآخر بخلاف النكاح فانه يبنى فيه أحد الملكين على الآخر فى عدد الطلاق على الصحيح وهذا التفريق لا أثر له اذ لو كان معتبراً لم يشترط لعدم الحنث وجود الصفة فى غير الملك (ومنها) الرد بالعيب لا يمتنع بزوال الملك اذا لم يدل على الرضى ، وهاهنا صور مختلف فى الحاقها باحد النوعين وهى محتملة .

(فمنها) رجوع الأب فيما وهبه لولده اذا أخرجه الابن عن ملكه ثم عاد اليه فهل يسقط حقه من الرجوع أم لا (ومنها) رجوع غريم المفلس فى السلعة التى وجدها بعينها وكان المفلس قد اخرجها عن ملكه ثم عادت اليه وفى المسألتين ثلاثة أوجه احدها لا حق لهما فيها لأن حقهما متعلق بالعقد الأول المتلقى عنهما (والثانى) غير متلقى عنهما فلا يستحقان فيه رجوعا (والثانى) لهما الرجوع نظراً الى ان حقهما ثابت فى العين وهى موجودة فأشبه الرد بالعيب (والثالث) ان عاد بملك جديد سقط حقهما وان عاد بفسخ العقد فلهما الرجوع لأن الملك العائد بالفسخ تابع للملك الأول فان الفسخ رفع للعقد الحادث فيعود الملك كما كان (ومنها) الفراش فاذا وطىء أمة ثم باعها ووطىء اختها بالملك ثم عادت الأولى الى ملكه فهل يعود الفراش ام لا على وجهين ، اشهرهما انه يعود وهو المنصوص فيجب عليه اجتنابهما حتى يحرم احديهما . والثانى له استدامة استفراش الثانية ويجتنب الراجعة لزوال الفراش فيها بزوال الملك وهو اختيار صاحب المحرر .

﴿ القاعـــدة الحادية والأربعون ﴾

اذا تعلق بعين حق تعلقا لازما فأتلفها من يلزمه الضمان فهل يعود الحق الى البدل المأخوذ من غير عقد آخر فيه خلاف . ويتخرج على ذلك مسائل :

(منها) لو أتلف الرهن متلف وأخذت قيمته فظاهر كلامهم أنها تكون رهنا بمجرد الأخذ وفرع القاضى على ذلك ان الوكيل فى بيع المتلف يملك بيع البدل المأخوذ بغير اذن جديد وخالفه صاحب الكافى والتلخيص ، وظاهر كلام ابى الخطاب فى الانتصار فى مسألة ابدال الأضحية أنه لا يصير رهنا الا بجعل الراهن (ومنها) الوقف اذا أتلفه متلف وأخذت قيمته فاشترى بها بدله فهل يصير وقفا بدون انشاء الوقف عليه من الناظر حكى بعض الاصحاب فى ذلك وجهين (ومنها) اذا أتلف الأضحية متلف وأخذت منه القيمة أو باعها من أوجبها ثم اشترى بالقيمة أو الثمن مثلها فهل تصير متعينة بمجرد الشراء يتخرج على وجهين (ومنها) الموصى له بعين اذا اتلفها متلف بعد الموت(١) وقبل القبول فحقه باق فى بدلها .

﴿ القاعـــدة الثانية والأربعون ﴾

فى أداء الواجبات المالية وهى منقسمة الى دين وعين فأما الدين فلا يجب أداؤه بدون مطالبة المستحق اذا كان آدميا حتى ذكر ابن عقيل فى جواز السفر قبل المطالبة وجهين . وهذا مالم يكن قد عين له وقتا للوفاء فأما ان عين وقتا كيوم كذا فلا ينبغى ان يجوز تأخيره عنه لأنه لا فائدة للتوقيت إلا وجوب الأداء فيه بدون مطالبة ، فان تعين الوفاء فيه اولا كالمطالبة به وأما ان كان الدين لله عز وجل فالمذهب أنه يجب اداؤه على الفور لتوجه الأمر بأدائه من الله عز وجل . ودخل فى ذلك الزكاة والكفارات والنذور وقد نص أحمد على اجبار المظاهر على الكفارة فى رواية ابن هانىء وأما العين فانواع :

(منها) الأمانات التى حصلت فى يد المؤتمن برضى صاحبها فلا يجب أداؤها الا بعد المطالبة منه ودخل فى ذلك الوديعة وكذلك أموال الشركة والمضاربة والوكالة مع بقاء عقودها (ومنها) الأمانات الحاصلة فى يده بدون رضى أصحابها فيجب المبادرة الى ردها مع العلم بمستحقها والتمكن منه ولا يجوز التأخير(٢) مع القدرة ودخل فى ذلك اللقطة اذا علم صاحبها والوديعة والمضاربة والرهن

---

(١) نسختا الدار : اذا اتلفها متلف بعد الموت (٢) نسختنا : التأخر

ونحوها اذامات المؤتمن وانتقلت الى وارثه فانه لايجوز له الامساك بدون اذن لأن المالك لم يرض به وكذا من اطارت الريح ثوبا الى داره لغيره لايجوز له الامساك مع العلم بصاحبه ثم ان كثيرا من الأصحاب قالوا ههنا الواجب الرد وصرح كثير منهم بان الواجب أحد شيئين اما الرد أو الاعلام كما فى المغنى والمحرر والمستوعب ونحوه ذكره ابن عقيل وهو مراد غيرهم لأن مؤنة الرد لاتجب عليه وإنما الواجب التمكين من الأخذ ثم ان الثوب هل يحصل فى يده بسقوطه فى داره من غير امساك له أم لا ، قال القاضى لايحصل فى يده بذلك وخالف ابن عقيل والخلاف هنا منزل على الخلاف فيما حصل فى أرضه من المباحات هل يملكها بذلك أم لا، وكذلك حكم الأمانات إذا فسخها المالك كالوديعة والوكالة والشركة والمضاربة يجب الرد على الفور لزوال الائتمان صرح به القاضى فى خلافه ، وسواء كان الفسخ فى حضرة الأمين اوغيبته وظاهر كلامه أنه يجب فعل الرد فان العلم هنا حاصل للمالك وكذلك جعل ضمان الزكاة مبنياً على حصولها فى يده بغير رضى المستحق وأوجب عليه البداءة بالدفع وقاسها على اللقطة ونحوها فدل على ان فعل الدفع فى هذه الأعيان عنده واجب وعلى قياس ذلك الرهن بعد استيفاء الدين والعين الموجرة بعد انقضاء المدة . وذكر طائفة من الأصحاب فى العين المؤجرة انه لايجب على المستأجر فعل الرد ومنهم من ذكر فى الرهن كذلك وسيأتى فى القاعدة التى تليها وأما الأعيان المملوكة بالعقود قبل تقبيضها فالأظهر أنها من هذا القبيل لأن المالك لم يرض بابقائها فى يد الآخر فيجب التمكين من الأخذ ابتداء بدليل أنه لايجوز عندنا حبس المبيع على الثمن وذكر ابن عقيل فى الصداق أنه اذا تلف قبل المطالبة أو بعدها قبل التمكن من الأداء انه لايضمن كسائر الأمانات وقاسه على من اطارت الريح إلى داره ثوباً ، وهذا الكلام فيه نظر فان الثوب لايقف ضمانه على المطالبة لكن مراده والله أعلم أن العلم يكفي فمتى كان المالك عالماً ولم يطالب فلا ضمان اذا لم يكن مؤنة الرد واجبة على من هو عنده وهذا أحسن (ومنها) الأعيان المضمونة فتجب المبادرة إلى الرد بكل حال وسواء كان حصولها فى يده بفعل مباح أو محظور أو بغير فعله فالأول كالعوارى يجب ردها اذا استوفى منها الغرض المستعار له قاله الأصحاب وهذا اذا انتهى قدر الانتفاع المأذون فيه متوجه وسواء طالب المالك أو لم يطالب لأنها من قبيل المضمونات فهى شبيهة بالمغصوب وكذلك حكم المقبوض للسوم ويستثنى من ذلك المبيع المضمون على بائعه فلا يجب عليه سوى تمييزه وتمكين المشترى من قبضه لأن نقله على المشترى دون البائع . والثانى كالمغصوب والمقبوض بعقد فاسد ونحوهما . والثالث كالزكاة اذا قلنا تجب فى العين فتجب المبادرة الى الدفع الى المستحق مع القدرة عليه من غير ضرر لأنها من قبيل المضمونات عندنا وكذلك الصيد اذا احرم وهو فى

يده أو حصل فى يده بعد الاحرام بغير فعل منه .

﴿ القاعـــدة الثالثة والأربعون ﴾

فيما يضمن من الأعيان بالعقد أو باليد القابض لمال غيره ، لايخلو اما يقضبه باذنه أو بغير اذنه فان قبضه بغير اذنه فان استند الى اذن شرعى كاللقطة لم يضمن وكذا ان استند الى اذن عرفى كالمنقذ لمال غيره من التلف ونحوه وحكى فى التلخيص وجهاً بضمان هذا وفيه بعد ونص احمد على أن من أخذ عبداً آبقاً ليرده فأبق منه فلا ضمان عليه لكن قد يقال هنا اذن شرعى فى أخذ الآبق لرده وان خلا عن ذلك كله فهو متعد وعليه الضمان فى الجملة هذا اذا كان أصل القبض غير مستند الى اذن أما ان وجد استدامة قبض من غير اذن فى الاستدامة فههنا ثلاثة أقسام :

(أحدها) أن يكون عقد على ملكه عقداً لازما ينقل الملك فيه ولم يقبضه المالك بعد فان كان ممتنعاً من تسليمه فهو غاصب الا حيث يجوز الامتناع من التسليم كتسليم العوض على وجه أو لكونه رهنا عنده أو لاستثنائه منفعته مدة وان لم يكن ممتنعاً من التسليم بل باذلا له فلا ضمان عليه على ظاهر المذهب الا أن يكون المعقود عليه مبهما لم يتعين بعد كقفيز من صبرة فان عليه ضمانه فى الجملة وبماذا يخرج من ضمانه قال الخرقى والأصحاب لايزول ضمانه بدون قبض المشترى وهل يحصل القبض بمجرد التخلية مع التميز أو لايحصل بدون النقل فيما ينقل على روايتين فان اعتبرنا النقل امتد (١) الضمان اليه وهل يسقط بتفريط المشترى فى النقل على وجهين أشهرهما أنه يسقط به والثانى لايسقط حتى يوجد النقل بكل حال ، وذكر القاضى فى خلافه فى مسألة الجوائح أنه ظاهر كلام احمد وفيه بعد ثم وجدته منصوصاً صريحا عن احمد فى الثمرة المشتراة قبل صلاحها بشرط القطع اذا أخرها المشترى حتى تلفت بجائحة قبل صلاحها أنها من ضمان البائع معللا بأنها فى ملك البائع وفى حكمه (٢) نقله عنه الحسن بن ثواب وان اعتبرنا التخلية مع التمييز وهو الصحيح فلأنه يحصل به التمكن من القبض ولهذا ينتقل الضمان فى بيع الأعيان المتميزة بمجرد العقد على المذهب لحصول التمكن من القبض ، ولعل اشتراط النقل انما يخرج على الرواية الأخرى وهى ضمان جميع [الاعيان] قبل القبض فلا ينتقل الضمان [هنا] الا بحقيقة القبض دون التمكن منه والأول أظهر لأن الذى يجب على البائع التمييز والتخلية وهو التسليم فاما النقل فواجب على المشترى

---

(١) فى ٧١١ استند الضمان . وفى ٧١١ اسند . (٢) فيهما : نخله . فى ٧١١ . التمكين

لأن فيه تفريعاً لملك البائع من ماله فيكون بتركه مفرطا فينتقل الضمان اليه ويشهد له شراء الثمر فى رءوس النخل فان الضمان ينتقل فيه بمجرد انتهاء الثمر الى أوان أخذه وصلاحيته له سواء قطعه(١) المشترى أولم يقطعه على الصحيح ولكن هل يعتبر لانتقال الضمان التمكن من القطع أم لا خرجها ابن عقيل على وجهين من الزكاة ورجح عدم اعتبار التمكن والذى عليه القاضى والأكثرون اعتبار التمكن من النقل فى جميع الأعيان فلايزال فى ضمان البائع حتى يحصل تمكن المشترى من النقل وصرح ابن عقيل بخلاف ذلك وأنه يضمن الأعيان المتميزة بمجرد العقد سواء تمكن من القبض أو لم يتمكن كما قال فى مسألة الجوائح وكذلك حكم المملوك بصلح أو خلع أو صداق.

(القسم الثانى) أن يعقد عليه عقداً وينقله الى يد المعقود له ثم ينتهى العقد أو ينفسخ وهو نوعان :

(أحدهما) أن يكون عقد معاوضة كالبيع اذا انفسخ بعد قبضه بعيب أو خيار والعين المستأجرة اذا انتهت المدة أو العين التى أصدقها المرأة وأقبضها ثم طلقها قبل الدخول (والثانى) أن يكون غير معاوضة كعقد الرهن اذا وفى الدين و كعقد الشركة والمضاربة والوديعة والوكالة اذا فسخ العقد والمال فى أيديهم فأما عقود المعاوضات فيتوجه فيها للاصحاب وجوه (أحدها) أن حكم الضمان بعد زوال العقد حكم ضمان المالك الأول قبل التسليم فان كان مضمونا عليه كان بعد انتهاء العقد مضمونا له والا فلا وهى طريقة أبى الخطاب وصاحب الكافى فى آخرين اعتباراً لأحد الضمانين بالآخر فعلى هذا ان كان عوضاً فى بيع أو نكاح وكان متميزا لم يضمن على الصحيح وان كان غير متميز ضمن وان كان فى اجارة ضمن بكل حال (والوجه الثانى) ان كان انتهاء العقد بسبب يستقل به من هو فى يده كفسخ المشترى أو يشارك فيه الآخر كالفسخ منهما فهو ضامن له لأنه تسبب الى جعل ملك غيره فى يده وان استقل به الآخر كفسخ البائع وطلاق الزوج فلا ضمان لأنه حصل فى يد هذا بغير سبب منه ولا عدوان فهو كما لو ألقى ثوبه فى داره بغير أمره وهذا الوجه ظاهر ماذكره صاحب المغنى فى مسألة الصداق وعلى هذا يتوجه ضمان العين المؤجرة بعد انتهاء المدة لأنه تسبب الى رفع العقد مع المؤجر . ووجه أن الاذن فى القبض انما كان لازما لوجوب الدفع للملك ولهذا يتملك المشترى والمستاجر أخذه بدون اذنه فبعد زوال الملك لايوجد اذن سابق ولا لاحق ولو قدر وجود الاذن فى القبض فانما أذن فى قبض ماملك عليه فلا يكون اذناً فى قبض ملكه هو (والوجه الثالث) حكم الضمان بعد الفسخ حكم ماقبله فان

(١) أخذه : نسختنا

كان مضمونا فهو مضمون والا فلا يكون البيع بعد فسخه مضمونا لانه كان مضمونا على المشترى بحكم [العقد ولا] يزول الضمان بالفسخ صرح بذلك القاضى فى خلافه ومقتضى هذا ضمان الصداق على المرأة وهو ظاهر كلام صاحب المحرر وأنه لا ضمان فى الاجارة لأن العين لم تكن مضمونة من قبل ، وصرح بذلك القاضى وغيره بوجه بان المبيع والصداق انما أقبضه لانتقال ملكه عنه بخلاف العين المستأجرة فانه أقبضها مع علمه بانها ملكه فكان اذنا فى قبض ملكه بخلاف الأول حتى قال القاضى وابو الخطاب لو عجل أجرتها ثم انفسخت قبل انتهاء المدة فله حبسها حتى يستوفى الأجرة ولا يكون ضامنا

(والوجه الرابع) أنه لا ضمان فى الجميع ويكون المبيع بعد فسخه أمانة محضة صرح بذلك أبو الخطاب فى الانتصار لأنه حصل تحت يده ملك غيره بغير عدوان فلم يضمنه كما لو أطارت الريح اليه ثوبا وكذلك اختاره القاضى فى المجرد وابن عقيل فى الصداق بعد الطلاق

(والوجه الخامس) التفريق بين أن ينتهى العقد أو يطلق الزوج ، وبين ان ينفسخ العقد ففى الأول يكون أمانة محضة لأن حكم المالك ارتفع وعاد ملكا للأول ، وفى الفسخ يكون مضمونا لأن الفسخ يرفع حكم العقد بالكلية فيصير مضمونا (١) بغير عقد أو على وجه السوم فى صورة البيع ، وممن صرح بذلك الأزجى فى النهاية وصاحب التلخيص وهو ظاهر كلام ابن عقيل فى مسائل الرد بالعيب وصرح بانه يضمن نقصه فيما قبل الفسخ وبعده بالقيمة لارتفاع العقد ويصير مقبوضا على وجه السوم . ونقل الأثرم عن احمد فيمن دفع [الى] آخر دينارا من شىء كان له عليه فخرج فيه نقص فقال للدافع خذه واعطنى غيره فقال امسكه معك حتى أبدله لك فضاع الدينار فقال ما أعلم عليه شيئا انما هو الساعة مؤتمن ، فيحتمل أنه يكون مراده أن المفسوخ بعيب بعد فسخه أمانة ، ويحتمل وهو أظهر ان يكون انما جعله أمانة لأمر المعطى بامساكه له فهو كايداعه منه

(والنوع الثانى) عقود (٢) الشركات كالوكالة والوديعة والشركة والمضاربة والرهن إذا انتهت أو انفسخت والهبة اذا رجع فيها الأب ، أو قيل بجواز فسخها مطلقا كما أفتى به الشيخ تقى الدين ففيها وجهان :

(أحدهما) أنها غير مضمونة صرح به القاضى وابن عقيل فى الرهن وأنه لا يجب رده الى صاحبه استصحابا للاذن السابق والائتمان كما صرحوا به فى الاجارة وكذلك صرح به القاضى

(١) مقبوضا (٢) نسختا الدار . الامانات

وأبو الخطاب فى خلافيهما فى بقية العقود المسماة وأنها تبقى أمانة كما لو أطارت الريح الى داره ثوباً ، هذا يحتمل أنه مع علم المالك بالحال لايجب الدفع لأن الواجب التمكن (١) منه لاحمله اليه كما تقدم . والفرق بين عقود الأمانات المحضة والمعاوضات أن المعاوضات تضمن بالعقد وبالقبض فاذا كان عقدها مضمناً كان فسخها كذلك وعقود الأمانات لاتضمن بالعقد فكذلك بالفسخ

(والوجه الثانى) أنه يصير مضموناً إن لم يبادر الى الدفع الى المالك كمن أطارت الريح إلى داره ثوباً وصرح به القاضى فى موضع آخر من خلافه فى الوديعة والوكالة وكلام القاضى وابن عقيل يشعر بالفرق بين الوديعة والرهن فانهما عللا كون الرهن أمانة بأنه أمانة (٢) ووثيقة فاذا زالت الوثيقة بقيت الأمانة كما لو كان عنده وديعة فاذن له فى بيعها ثم نهاه ، وهذا التعليل مقتضاه الفرق بين الوديعة وبين الشركة والمضاربة والوكالة لأن هذه العقود كلها مشتملة على ائتمان وتصرف فاذا زال التصرف بقى الائتمان بخلاف الوديعة فانه ليس فيها غير ائتمان مجرد فاذا زال صار ضامناً وحكم المغصوب اذا ابرأ المالك الغاصب من ضمانها كما ذكرنا .

(القسم الثالث) أن تحصل فى يده بغير فعله كمن مات موروثه وعنده وديعة أو شركة أو مضاربة فانتقلت الى يده فلا يجوز له الامساك بدون اعلام المالك كما سبق لأن المالك لم يأتمنه . وقد نص احمد فى رواية ابن هانىء فى الرهن انه لايقر فى يد الوصى حتى يقره الحاكم فى يده فان تلفت تحت يده قبل التمكن من الاداء فلا ضمان لعدم التفريط . وكما لو تلفت اللقطة قبل ظهور المالك ، ويتخرج وجه آخر بالضمان كما خرجه ابن عقيل فى البيع ، وان تلفت بعده فالمشهور الضمان لتعديه بترك الرد مع امكانه وهو غير مؤتمن . وحكى صاحب المقنع وجهاً آخر وأشار اليه صاحب التلخيص انه لاضمان ويكون أمانة عنده كما لو انقضت مدة الاجارة ثم تلفت العين عند المستأجر (٣) وبينهما فرق فان المستأجر مستصحب للاذن فى القبض بخلاف هذا وكذلك حكم من أطارت الريح الى بيته ثوباً كما سبق ووقع فى بعض كلام القاضى أنها أمانة عنده ولعل مراده مع علم المالك وامساكه عن المطالبة فيكون تقريراً ، ولو دخل حيوان لغيره أو عبد له إلى داره فعليه أن يخرجه ليذهب كما جاء لأن يده لم تثبت عليهما بخلاف الثوب ذكره ابن عقيل

---

(١) التمكين : د (٢) فى ٧١١ : فانه وثيقة (٣) بيد : د

فصـــــل

وأما ماقبض من مالكه بعقد لا يحصل به الملك فثلاثة أقسام

(أحدها) ماقبضه أخذه لمصلحة نفسه كالعارية فهو مضمون فى ظاهر المذهب . قالوا لأن الاذن انما تعلق بالانتفاع وقبض العين وقع من حيث اللزوم فهو كقبض المضطر مال غيره لاحياء نفسه لايسقط عنه الضمان لأن اذن الشرع تعلق باحياء نفسه وجاء الاذن فى الاتلاف من باب اللزوم ولو وهبه شقصاً من عين ثم اقبضه العين كلها ففى المجرد والفصول يكون نصيب الشريك وديعة عنده واستدرك ذلك ابن عقيل فى فنونه وقال بل هو عارية حيث قبضه لينتفع به بلاعوض وهذا صحيح ان كان أذن له فى الانتفاع به مجانا ، أما إن طلب منه أجرة فهى إجارة وان لم يأذن له فى الانتفاع بل فى الحفظ فوديعة ولو قال أحد الشريكين للعبد المشترك أنت حبيس على آخرنا موتاً لم يعتق لموت الأول منهما ويكون فى يد الثانى(١) عارية فاذا مات عتق ذكره القاضى فى المجرد .

(القسم الثانى) ماأخذه لمصلحة مالكه خاصة كالمودع فهو أمين محض لكن اذا تلفت الوديعة من بين ماله ففى ضمانه خلاف فمن الأصحاب من يبنيه على أن قوله هل يقبل فى ذلك أم لا ، ومنهم من يقول تلفها من بين ماله امارة على تفريطه فيها وقد فرق أحمد بين العارية والوديعة بأن اليد فى العارية آخذة وفى الوديعة معطاة (٢) وهو يرجع الى تعيين جهة المصلحة فيهما وكذلك الوصى والوكيل بغير جعل حتى لو كان له دين وعليه [دين] فوكله فى قبض ماله وأذن له أن يستوفى حقه منه فتلف المال قبل استيفائه فانه لايضمنه نص عليه أحمد فى رواية مثنى الأنبارى .

(القسم الثالث) ماقبضه لمنفعة تعود اليهما وهو نوعان :

أحدهما ماأخذه على وجه الملك فتبين فساده أو على وجه السوم فاما الأول فهو المقبوض بعقد فاسد وهو مضمون فى المذهب لأنه قبضه على وجه الضمان ولابد ونقل ابن مشيش وحرب عن أحمد مايدل على أنه غير مضمون كالمقبوض على وجه السوم وكذلك صرح بجريان الخلاف فيه ابن الزاغونى فى فتاويه ونقل حنبل عن احمد فى الهبة للثواب ان أراد ردها على صاحبها وقد نقصت بغير استعماله لم يضمن النقص وشبهه بالرهن وتأوله القاضى بتأويل بعيد جداً وقد رده(٣) أبو البركات فى تعليقه على الهداية ثم اختاره هو

---

(١) نسختنا الدار : الباقى (٢) لعلها معطاة (٣) فى ٧١١ : ذكره

تخريجه على أن الهبة للثواب يغلب فيها حكم الهبات ومن حكم الهبة أن لا يضمن نقصها قال ولازم هذا أن نقول لا يضمن قيمتها اذا تلفت بغير تعد قال وهذا عندى أحسن الوجوه قال ومع هذا ففيه نظر وهو كما قال لأنه لو كان كذلك لما فرق بين أن تنقص بفعله أو بغير فعله ولما صح تشبيهه بالرهن، ويحتمل عندى تخريجه على أحد وجهين أما أن يكون على أن الهبة بالثواب المجهول فاسدة فيكون [ذلك] موافقاً لما روى عنه فى المقبوض بعقد فاسد أنه غير مضمون وأما على أنها صحيحة وهو الأظهر لقوله ثم أراد رده الى مالكه فدل على أن له امساكه وذلك لا يكون [إلا](١) مع الصحة فعلى هذا إنما لم يضمنه النقص لأن الهبة للثواب لا تملك بدون دفع العوض وكذلك شبهها بالرهن وسنزيده ايضاحاً فى المقبوض بالسوم إن شاء الله تعالى . وأما المقبوض على وجه السوم فمن الأصحاب من يحكى فى ضمانه روايتين سواء أخذ بتقدير الثمن أو بدونه وهى طريقة القاضى، وابن عقيل وصحح الضمان لأنه مقبوض على وجه البدل والعوض فهو كالمقبوض بعقد فاسد ثم إن كان لم يقدر الثمن ضمنه بقيمته وإلا فهل يضمنه بالقيمة أو بالثمن [المقدر] على وجهين ذكرهما ابن عقيل وقال ابن أبى موسى إن أخذه مع تقدير الثمن ليريه أهله فان رضوه ابتاعه فهو مضمون بغير خلاف ، وكذلك إن ساوم صاحبه به ولم يقطع ثمنه وأخذه ليريه أهله وان أخذه باذن مالكه من غير سوم ولا قطع ثمن ليريه أهله فان رضوه وزن ثمنه ففيه روايتان أيضاً أظهرهما أنه غير مضمون عليه وجعل السامرى الضمان فيما قطع ثمنه مبنياً على أنه بيع بالمعاطاة بشرط الخيار وهذا يدل على أنه يجرى فيه الخلاف اذا قلنا لم ينعقد البيع بذلك وفى كلام احمد إيماء الى ذلك لأنه علل الضمان فى رواية ابن منصور بانه مالكه وعلل فى رواية غيره انتفاء الضمان فيما اذا لم يقطع ثمنه بانه مالك للبائع بعد حتى يقطع ثمنه ففهم منه أنه مع القطع ينتقل الملك فيه الى المشترى ويؤخذ من ذلك ان المقبوض بعقد فاسد لا يضمن أيضاً لبقاء الملك فيه لمالكه ، وكذلك فرق بين أن يكون المأخوذ سلعتين ليختار ايتهما(٢) شاء فلا يضمنها وبين أن يكون سلعة واحدة وهذا يحتمل ثلاثة أمور (أحدها) ماقال السامرى أنه بيع بشرط الخيار ويكون المعلق على الرضا فسخه لا عقده (والثانى) أن يكون بيعاً معلقاً على شرط فقد فعله احمد بنفسه لما رهن نعله بالثمن ويبعد هذا أنه لم يفرق بين أن يتلف قبل الرضى به أو بعده (والثالث) أن يكون بيعاً بمعاطاة تراخى القبول فيه عن المجلس وقد نص على صحة مثل ذلك فى النكاح فى رواية أبى طالب ، ومن هذا النوع ما اذا قبض المشترى زيادة على حقه غلطا فانها تكون مضمونة عليه لأنه قبضها على وجه العوض ذكره القاضى وابن عقيل والأصحاب ويحتمل أن لا يضمن على

(١) الزيادة من ٧١١ (٢) نسختا الدار : أيهما

معنى تعليل احمد فى المقبوض بالسوم أنه على ملك البائع ومن ذلك لو دفع اليه كيسا وقال له استوف منه قدر حقك ففعل فهل يصح على وجهين بناء على قبض الوكيل لنفسه من نفسه والمنصوص الصحة نص عليه فى رواية الأثرم ويكون الباقى فى يده وديعة وعلى عدم الصحة قدر حقه كالمقبوض بالسوم والباقى أمانة ذكره فى التلخيص ولو دفع الى غريم له نقدا من غير جنس ما عليه ليصارفه (١) عليه فيها بعد فهى امانة محضة نص عليه مع أنها قبضت المعاوضة وقياس قول الأصحاب أنها مضمونة كما قالوا فى الضامن اذا قبض من المضمون عنه قبل الأداء على وجه الاستيفاء منه عند الوفاء أنه مضمون لقبضه على وجه المعاوضة وأولى لأن القبض هنا وجد قبل الاستحقاق فهو كما لو أقبضت المرأة زوجها مالا عوضاً عما يستحقه عليها بالطلاق قبله .

(النوع الثانى) ماأخذ(٢) لمصلحتها على غير وجه التمليك لعينه كالرهن والمضاربة والشركة والوكالة بجعل والوصية كذلك فهذا كله امانة على المذهب ، وفى الرهن رواية أخرى تدل على ضمانه وتأولها القاضى وأثبتها ابن عقيل والاعيان المستاجرة والموصى بمنفعته (٣) امانة كالرهن لأنه مقبوض على وجه الاستحقاق

تنبيه — من الاعيان المضمونة ما ليس له مالك من الخلق وما له مالك غير معين

فالأول كالصيد اذا قبضه المحرم فانه يجب تخليته وإرساله وسواء ابتدأ قبضه فى الاحرام أو كان فى يده ثم احرم وان تلف قبل إرساله فان كان بعد التمكن منه وجب ضمانه للتفريط وان كان قبله لزمه الضمان فيما ابتدأ قبضه فى الاحرام دون ما كان فى يده قبله لتفريطه فى الأولى دون الثانية ، هذا قول القاضى وصاحب المغنى . وخرج ابن عقيل الضمان فيهما لأنهاعين (٤) مضمونة فلا يقف ضمانها على [عدم] التمكن من الرد كالعوارى والغصوب

والثانى الزكاة اذا قلنا تجب فى العين فالمذهب وجوب الضمان بتلفها بكل حال ، لأنها وجبت شكراً لنعمة المال النامى الموجود فى جميع الحول فهى شبيهة بالمعاوضة ويستثنى من ذلك مالم يدخل تحت اليد كالديون والثمر فى رءوس الشجر لانتفاء قبضه وكمال الانتفاع به ومن الاصحاب من خرج وجها بسقوط الضمان قبل امكان الأداء مطلقا .

﴿القاعـــدة الرابعة والأربعون﴾

فى قبول قول الأمناء فى الرد والتلف اما التلف فيقبل فيه قول كل امين اذ لا معنى للامانة

(١) نسختنا :ليصادقه (٢) ما أخذه : د (٣) نسختنا : بنفعها (٤) نسختنا : غير

الا انتفاء الضمان ، ومن لوازمه قبول قوله فى التلف والا للزم الضمان باحتمال التلف وهو لا يلزمه الضمان مع تحققه ويستثنى من ذلك الوديعة اذا هلكت مال المودع على طريقة من يحكى الخلاف فيها فى قبول [قول] المودع فى التلف لا فى أصل ضمانه وكذلك العين المستأجرة والمستأجر على عمل [فيها] حكى فيها رواية بالضمان فمن الأصحاب من جعلها رواية بثبوت الضمان فيها فلا تكون أمانة ، ومنهم من حكى الخلاف فى قبول دعوى التلف بامر خفى وهى طريقة [ابن] ابى موسى فلا تخرج بذلك عن الأمانة وأما الرد فالأمناء ثلاثة أقسام .

الأول من قبض المال لمنفعة مالكه وحده فالمذهب أن قولهم فى الرد مقبول ونقل ابو طالب وابن منصور عن أحمد ان الوديعة اذا ثبتت ببينة لم تقبل دعوى الرد بدون بينة وخرجها ابن عقيل على ان الاشهاد على دفع الحقوق الثابتة بالبينة واجب فيكون تركه تفريطا فيجب فيه الضمان وكذلك خرج طائفة من الاصحاب فى وصى اليتيم انه لا يقبل قوله فى الرد بدون بينة ، وعزاه القاضى فى خلافه الى قول الخرقى وهو متوجه على هذا المأخذ، لأن الاشهاد بالدفع الى اليتيم مأمور به بنص القرآن ، وقد صرح أبو الخطاب فى انتصاره باشتراطه الاشهاد عليه كالنكاح .

القسم الثانى — من قبض المال لمنفعة نفسه كالمرتهن فالمشهور ان قوله فى الرد غير مقبول لشبهه بالمستعير وخرج أبو الخطاب وابو الحسين وجهاً آخر بقبول قوله فى الرد لأنه أمين فى الجملة وكذلك الخلاف فى المستأجر .

القسم الثالث — من قبض المال لمنفعة مشتركة بينه وبين مالكه كالمضارب والشريك والوكيل بجعل والوصى كذلك ففى قبول قولهم فى الرد وجهان معروفان لوجود الشائبتين فى حقهم .

(أحدهما) عدم القبول ونص عليه احمد فى المضارب فى رواية ابن منصور أن عليه البينة بدفع رأس المال وهو اختيار ابن حامد وابن أبى موسى والقاضى فى المجرد وابن عقيل وغيرهم

(والثانى) قبول قولهم فى ذلك وهو اختيار القاضى فى خلافه وابنه أبى الحسين والشريف أبى جعفر وابى الخطاب فى خلافه ووجدت ذلك منصوصاً عن احمد فى رواية ابن منصور فى المضارب أيضاً فى رجل دفع إلى آخر [ألف درهم] مضاربة فجاء بالف فقال هذا ربح وقد دفعت اليك الفاً رأس مالك قال هو مصدق فيما قال ، ووجدت فى مسائل ابى داود عن احمد نحو هذا أيضاً ، وكذلك نقل عنه مهنا فى مضارب دفع الى رب المال كل يوم شيئاً ثم قال كان من رأس المال أن القول قوله مع يمينه وحكم الأجير المشترك حكم هؤلاء وكذلك من يعمل فى عين بجزء من نمائها لانه إما أجير أو

شريك والفرق بينهم وبين المستأجر ان المستأجر قبض مال المؤجر ليستوفى منه حق نفسه فصار حفظه لنفسه وصار المال(١) فى ايديهم امانة لاحق لهم فيه وانما حقهم فيما ينمى منه أوفى ذمة المالك فاما من يعمل فى المال بجزء من عينه فهو كالوصى الذى يأكل من مال اليتيم القول قوله فى الرد أيضاً صرح به القاضى لأن المال لم يقبضه لحق نفسه بل للحفظ على المالك وحقه فيه متعلق بعمله بخلاف المرتهن والمستأجر - ثم هاهنا أربعة أقسام

(أحدها) أن يدعى الامين أنه رد الأمانة إلى من ائتمنه وهذا هو الذى ذكرناه

(والثانى) أن يدعى الرد إلى غير من ائتمنه باذنه فهل يقبل قوله على وجهين (أحدهما) وهو المنصوص وهو اختيار ابى الحسن التميمى أنه يقبل قوله (والثانى) لايقبل فقيل لتفريطه بترك الأشهاد على المدفوع إليه فلو صدقه الأمين على الدفع لم يسقط الضمان وقيل بل لانه ليس أميناً للمأمور بالدفع اليه فلا يقبل قوله فى الرد إليه كالأجنبي وكل من [هذه] الأقوال الثلاثة قد نسب إلى الخرقى بل ونسب إليه أن دعوى الوصى الرد إلى اليتيم غير مقبول كما سبق فربما أطرد هذا فى دعوى الرد من جميع الأمناء الى من ائتمنهم وهو بعيد جداً وربما اختص بالوصى لأن ائتمانه ليس من جهة الصبي فهو كالأجنبى معه هذا . اذا ادعى الرد باذن المالك وان ادعاه مع عدم اذنه فلا يقبل منه حتى ولا الاداء الى الوارث والحاكم لأنهما لم يأتمناه نقله فى التلخيص إلا أن يدعى الرد الى من يده كيد المالك كوكيله او رد الوديعة الى عبده وخازنه ونحوهما ممن يحفظ ماله لأن أيديهم كيده ، ويتوجه فى دعوى الرد الى الحاكم والوارث بعد موت الموروث القبول لقيامهما مقام المؤتمن وهو رد مبرىء

القسم الثالث — أن يدعى غير الأمين كوارثه أن الأمين رد الى المالك فلا يقبل لأنه غير مؤتمن فلا يقبل قوله ، ومن المتأخرين من خرج وجهاً بالقبول لأن الأصل عدم حصولها فى يده وجعل أصل أحد الوجهين فيما اذا مات من كان عنده أمانة ولم توجد فى تركته ولم يعلم بقاؤها عنده أنها لاتضمن ولا حاجة الى التخريج اذاً لأن الضمان على هذا الوجه منتف سواء ادعى الوارث الرد أو التلف أو لم يدع شيئاً .

القسم الرابع — أن يدعى من حكمه حكم الأمناء فى سقوط الضمان عنه بالتلف قبل التمكن من الرد كوارث المودع ونحوه والملتقط بعد ظهور المالك ومن اطارت الريح الى داره ثوباً اذا

---

(١) نسختا الدار : وهو لا المال

ادعوا الرد الى المالك ، ففى التلخيص لايقبل لأن المالك لم يأتمنه ويتوجه قبول دعواه فى حالة لايضمن فيها بالتلف لأنه مؤتمن شرعا فى هذه الحالة

تنبيه — عامل الصدقة مقبول القول فى دفعها الى المستحقين ولو كذبوه بغير خلاف وان كان وكيلا بجعل ذكره القاضى فى الأحكام السلطانية لأن الصدقة عبادة فلا استحلاف فيها ولذلك لايستحلف أربابها اذا ادعوا الدفع الى العامل وانكر فكذلك العامل لأنه أمين لاربابها فيقبل قوله عليهم فى الرد وأما عامل الخراج فلا يقبل قوله فى الدفع الا ببينة أو تصديق ذكره القاضى أيضاً وعلل بان الخراج دين فلا يقبل قول مستوفيه فى دفعه الى مستحقه وهذا التعليل منتقض بالوكيل فى استيفاء دين ودفعه الى مستحقه فان قوله مقبول فى ذلك كما سبق والأظهر تخريج حكم عامل الخراج على الوكيل فان كان متبرعا فالقول قوله وان كان بجعل ففيه وجهان وكذلك يخرج فى عامل الوقف وناظره

﴿القاعدة الخامسة والأربعون﴾

عقود الأمانات هل تنفسخ بمجرد التعدى فيها أم لا . المذهب أن الأمانة المحضة تبطل بالتعدى والأمانة المتضمنة لأمر آخر لاتبطل على الصحيح ويتخرج على هذا مسائل :

(منها) اذا تعدى فى الوديعة بطلت ولم يجز له الامساك ووجب الرد على الفور لأنها أمانة محضة وقد زالت بالتعدى فلا تعود بدون عقد متجدد هذا هو المشهور ، ولو كانت عينين فتعدى فى إحداهما فهل يصير ضامنا لهما أو لما وجد فيه التعدى خاصة فيه تردد وذكره القاضى أبو يعلى الصغير وذكره ابن الزاغونى أنه اذا زال التعدى وعاد إلى الحفظ لم تبطل وقد يوجه بأن المالك أسند اليه الحفظ لرضاه بامانته فمتى وجدت الامانة فالاسناد موجود لوجود علته فهو كما لو صرح بالتعليق فقال كلما خنت ثم عدت فانت أمين فانه يصح لصحة تعليق الايداع على الشرط كالوكالة صرح به القاضى (ومنها) الوكيل اذا تعدى فالمشهور ان وكالته لا تنفسخ بل تزول أمانته ويصير ضامنا ولهذا لو باع بدون ثمن المثل صح وضمن النقص لأن الوكالة إذن فى التصرف مع استئمان فاذا زال أحدهما لم يزل الآخر هذا هو المشهور على هذا فانما يضمن ما [وقع]فيه التعدى خاصة حتى لو باعه وقبض ثمنه لم يضمنه لانه لم يتعد فى عينه ذكره فى التلخيص ولا يزول الضمان عن عين ما وقع فيه التعدى بحال الا على طريقة ابن الزاغونى فى الوديعة

وظاهر كلام كثير من الأصحاب أن المخالفة من الوكيل تقتضى فساد الوكالة لا بطلانها فيفسد العقد ويصير متصرفا بمجرد الاذن ، وحكى ابن عقيل فى نظرياته وصاحب المحرر وجهاً آخر وبه جزم القاضى فى خلافه أن الوكالة تبطل كالوديعة لزوال الائتمان والاذن فى التصرف كان منوطاً به

(ومنها) الشركة والمضاربة إذا تعدى فيهما فالمعروف من المذهب أنه يصير ضامناً ويصح تصرفه لبقاء الاذن فيه ويتخرج بطلان تصرفه من الوكالة (ومنها) الرهن اذا تعدى المرتهن فيه زال ائتمانه وبقى مضمونا عليه ولم تبطل توثقته وحكى ابن عقيل فى نظرياته احتمالا ببطلان الرهن وفيه بعد لأنه عقد لازم وحق للمرتهن على الراهن لاسيما إن كان مشروطا فى عقد وقلنا يلزم بمجرد العقد فان الراهن يجبر على تقبيضه فكيف يزول بالتعدى (ومنها) اذا استأجره لحفظ شىء مدة فحفظه فى بعضها ثم ترك فهل تبطل الاجارة فيه وجهان قال ابن المثنى أصحهما لا تبطل بل يزول الاستئمان ويصير ضامنا . وفى مسائل ابن منصور عن أحمد اذا استأجر أجيرا شهرا معلوما فجاء اليه فى نصف ذلك الشهر أن للمستأجر الخيار والوجه الآخر يبطل العقد فلا يستحق شيئا من الأجرة بناء على أصلنا فيمن امتنع من تسليم بعض المنافع المستأجرة أنه لا يستحق أجرة وبذلك أفتى ابن عقيل فى فنونه (ومنها) الوصى اذا تعدى فى التصرف فهل يبطل كونه وصيا أم لا ذكر ابن عقيل فى المفردات [فيه] احتمالين أحدهما لا يبطل بل تزول أمانته ويصير ضامنا كالوكيل والثانى تبطل لأنه خرج من حيز الأمانة بالتفريط فزالت ولايته بانتفاء شرطها كالحاكم اذا فسق . وفرض المسألة فيما اذا أقدم على البيع بدون قيمة المثل وعلى هذا يتخرج بيع العدل الذى بيده الرهن له بدون ثمن المثل أو الثمن المقدر هل يصح أم لا لأن الأمانة معتبرة فيه ، واختيار صاحب المغنى أنه لا يصح بيعه بدون ثمن المثل لكنه علل بمخالفة الاذن وهو منتقض بالوكيل . ولهذا ألحقه القاضى فى المجرد وابن عقيل فى الفصول ببيع الوكيل فصححاه وضمناه النقص ومثله اجارة الناظر للوقف بدون أجرة المثل .

﴿ القاعدة السادسة والأربعون ﴾

فى العقود الفاسدة هل هى منعقدة أولا وهى نوعان: أحدهما العقود الجائزة كالشركة والمضاربة والوكالة . وقد ذكرنا آنفاً أن افسادها لا يمنع نفوذ التصرف فيها بالاذن لكن خصائصها تزول بفسادها فلا يصدق عليها أسماء العقود الصحيحة الا مقيدة بالفساد . وصرح القاضى فى خلافه بأنه لو حلف على الشركة الفاسدة من اصلها أنها شركة حنث . قال ويمنع من التصرف فيها والمنع من

التصرف مع القول بنفوذه وبقاء الاذن مشكل لاسيما وقد قرر أن العامل يستحق المسمى

والنوع الثانى : العقود اللازمة فما كان منها لا يتمكن العبد من الخروج منه بقوله كالاحرام فهو منعقد لأنه لاسبيل الي التخلص منه إلا باتمامه او الاحصار عنه ، وما كان العبد متمكنا من الخروج منه بقوله فهو منقسم الى قسمين : أحدهما مايترتب عليه حكم مبنى على التغليب والسراية والنفوذ فهو منعقد وهو النكاح والكتابة يترتب عليهما الطلاق والعتق فلقوتهما ونفوذهما انعقد العقد المختص بهما ونفذا فيه وتبعهما أحكام كثيرة من أحكام العقد ففى النكاح يجب المهر بالعقد حتى لو طلقها قبل الدخول لزمه نصف المهر على وجه ويستقر بالخلوة وتعتد فيه من حين الفرقة لامن حين الوطء وتعتد للوفاة فيه قبل الطلاق وفى الكتابة تستتبع الأولاد والأكساب والثانى: مالا يترتب عليه ذلك كالبيع والاجارة فالمعروف من المذهب أنه غير منعقد ويترتب عليه أحكام الغصب وخرج أبو الخطاب فى انتصاره صحة التصرف فى البيع الفاسد من النكاح واعترضه أحمد الحربى فى تعليقه وقال النكاح الفاسد منعقد فلهذا صح التصرف فيه بخلاف البيع ولكن أبو الخطاب قد لايسلم انعقاد النكاح الفاسد ولا غيره لأنه يرى أن المجامع يحل من احرامه وان الطلاق فى النكاح الفاسد انما يقع ممن يعتقد صحته فمن ههنا حسن عنده هذا التخريج اذ البيع والنكاح فى هذا على حد واحد وابدى ابن عقيل فى عمده احتمالا بنفوذ الاقالة فى البيع الفاسد كالطلاق فى النكاح الفاسد قال ويفيد ذلك أن حكم الحاكم بعد الاقالة بصحة العقد لايؤثر . وذكر ابن عقيل وغيره وجهين فى نفوذ العتق فى البيع الفاسد كالطلاق فى النكاح الفاسد وفرق بينهما على أحد الوجهين بأن الطلاق يسقط به حق نفسه فنفذ بخلاف العتق فانه يسقط به حق غيره وهو البائع وهذا كله يشعر بانعقاد البيع وذكر ابن عقيل فى فصوله احتمالين فيما اذا قال لغيره بعد نداء الجمعة اعتق عبدك عنى وعلى ثمنه ففعل هل ينفذ عتقه عن نفسه أو عن الآمر له ولكن هذا عقد موضوع للعتق والملك تابع [له] فهو كالكتابة بخلاف البيع فان قيل فهل لاقلتم ان صحة التصرف فى البيع الفاسد مستند الى الاذن كما فى العقود الجائزة اذا فسدت قيل ذلك لا يصح لوجهين :

(أحدهما) أن البيع وضع لنقل الملك لا للاذن وصحة التصرف فيه تستفاد من الملك لامن الاذن بخلاف الوكالة فانها موضوعة للاذن ، يوضحه أن الموكل أذن لوكيله ان يتصرف له وقد فعل ما أمره والبائع انما أذن للمشترى فى التصرف لنفسه بالملك ولاملك ههنا ، (والثانى) أن الاذن فى البيع مشروط بسلامة عوضه فاذا لم يسلم العوض انتفى الاذن والوكالة اذن مطلق بغير شرط .

﴿ القاعدة السابعة والأربعون ﴾

فى ضمان المقبوض بالعقد الفاسد . كل عقد يجب الضمان فى صحيحه يجب الضمان فى فاسده . وكل عقد لا يجب الضمان فى صحيحه لا يجب الضمان فى فاسده . ونعنى بذلك أن العقد الصحيح اذا كان موجباً للضمان فالفاسد كذلك واذا لم يكن الصحيح موجباً للضمان فالفاسد كذلك فالبيع والاجارة والنكاح موجبة للضمان مع الصحة فكذلك مع الفساد . والأمانات كالمضاربة والشركة والوكالة والوديعة وعقود التبرعات كالهبة لا يجب الضمان فيها مع الصحة . فكذلك مع الفساد وكذلك الصدقة ، فاما قول أصحابنا فيمن عجل زكاته ثم تلف المال وقلنا له الرجوع به أنه اذا تلف ضمنه القابض فليس من القبض الفاسد بشىء لأنه وقع صحيحاً لكنه مراعى فان بقى النصاب تبينا أنه قبض زكاة ، وان تلف تبينا أنه لم يكن زكاة فيرجع بها . نعم اذا ظهر قابض الزكاة ممن لا يجوز له أخذها فانه يضمنها لكون القبض لم يملك به وهو مفرط بقبض ما لا يجوز له قبضه فهذا من القبض الباطل لا الفاسد . وليس المراد أن كل حال ضمن فيها فى العقد الصحيح وضمن فى مثلها من الفاسد فان البيع الصحيح لا يجب فيه ضمان المنفعة ،وانما يضمن العين بالثمن . المقبوض بالبيع الفاسد يجب ضمان الأجرة فيه على المذهب . والاجارة الصحيحة تجب [فيها] الأجرة بتسليم العين المعقود عليها سواء انتفع بها المستأجر أو لم ينتفع ، وفى الاجارة الفاسدة روايتان : إحداهما كذلك والثانية لا تجب الأجرة إلا بالانتفاع ، ولعلها راجعة الى أن المنافع لاتضمن فى الغصب ونحوه إلا بالانتفاع وهو الأشبه . وكذلك يخرج فى ضمان منفعة المبيع ههنا ، ولكن نقل [جماعة] عن احمد ما يدل على ان الاجارة الصحيحة لا تجب فيها الأجرة إلا بقدر الانتفاع اذا ترك المستأجر بقية الانتفاع بعذر من جهته ، وتاولها القاضى وابن عقيل وأقرها صاحب شرح الهداية والقاضى أيضاً فى بعض تعاليقه والنكاح الصحيح يستقر فيه المهر بالخلوة بدون الوطىء ، و فى النكاح الفاسد روايتان أيضاً وقد قيل إن ذلك مبنى على أن البضع هل يثبت عليه اليد أم لا . وقد نقل عن احمد فيما اذا نكح العبد نكاحاً فاسداً أنه لا مهر لها وهو محمول على أنه لم يوجد دخول أو على أنهما كانا عالمين بالتحريم فتكون زانية . ونقل ابن مشيش وحرب عنه أن المبيع المقبوض من غير تسمية ثمن لا يضمن لأنه على ملك البائع . وقد سبق ذلك والعمل فى المذهب على خلافه . اذا تقرر هذا فهل يضمن فى العقد الفاسد بما سمى فيه أو بقيمة المثل فيه خلاف فى مسائل :

(منها) المبيع والمعروف فى المذهب ضمانه بالقيمة لا بالثمن المسمى [فيه] نص عليه أحمد فى رواية ابن

منصور وأبى طالب لأن المسمى إنما وقع الرضى به فى ضمان العقد والعقد غير موجب للضمان وانما يترتب الضمان بأمر آخر طار على العقد وهو التلف تحت يده فيجب ضمانه بالقيمة او المثل كمالو اتفقا على ضمان العارية عند اقباضها بشىء ثم تلفت فانه يلغى المتفق عليه ويجب المثل او القيمة كذلك ههنا ، وحكى القاضى فى المجرد وابن عقيل فى الفصول فى الكتابة عن أبى بكر عبدالعزيز ان المقبوض بالبيع الفاسد يضمن بالمسمى وهو اختيار الشيخ تقى الدين وقال انه قياس المذهب آخذاً له من النكاح قال لأن اقباضه إياه اذن له فى اتلافه بالعوض المسمى فأشبه مالو قال له اتلفه بألف درهم فأتلفه فانه لايستحق [عليه] غير ماسمى له وقد يجاب عن هذا بأن المسمى انما جعل عوضا عن الملك لاعن الاتلاف ولم يتضمن العقد اذنا فى الاتلاف انما تضمن نقل ملك بعوض ولم يوجد نقل الملك فلا يثبت العوض وانما وجب الضمان بسبب متجدد (ومنها) الاجارة الفاسدة والمعروف من المذهب ضمانها بأجرة المثل ايضا ويتخرج على قول أبى بكر انها تضمن بالأجرة المسماة والقول فيها كالقول فى البيع سواء (ومنها) الكتابة الفاسدة تضمن بالمسمى فاذا أدى ماسمى فيها حصل العتق ولم يلزمه ضمان قيمته ذكره أبو بكر وهو ظاهر كلام احمد ، واتفق الأصحاب على ذلك لكن المتأخرون زعموا ان الكتابة الفاسدة تعليق بصفة فلا يؤثر فسادها ولا تحريمها كما لو قال لعبده ان أعطيتنى خمراً فانت حر فاعطاه عتق لوجود الصفة وأما أبو بكر فعنده ان الكتابة عقد معاوضة أبداً وهو اختيار ابن عقيل وهو الأظهر ولا يقع العتق عنده بأداء المحرم لأن العقد لاينعقد بعوض محرم بل هو عنده باطل (ومنها) النكاح الفاسد يستقر بالدخول فيه وجوب المهر المسمى فى الرواية المشهورة عن أحمد وهى المذهب عند أبى بكر وابن أبى موسى واختارها القاضى وأكثر اصحابه فى كتب الخلاف ويفرق بين النكاح والبيع بأن النكاح مع فساده منعقد ، ويترتب عليه أكثر أحكام الصحيح من وقوع الطلاق ولزوم عدة الوفاة بعد الموت والاعتداد منه بعد المفارقة فى الحياة ووجوب المهر فيه بالعقد وتقرره بالخلوة فلذلك لزم المهر المسمى فيه كالصحيح يوضحه ان ضمان المهر فى النكاح الفاسد ضمان عقد كضمانه فى الصحيح وضمان البيع الفاسد ضمان تلف بخلاف البيع الصحيح فان ضمانه ضمان عقد ، وحكى عن أحمد رواية أخرى أن الواجب مهر المثل أخذا من رواية المروذى عنه فى عبد تزوج بغير اذن سيده فدخل بها فقد جعل لها عثمان الخمسين ، وأنا أذهب الى ان يعطى شيئا فلم يوجب المسمى وهو اختيار الخرقى وصاحب المغنى . واستدلوا بقوله عليه الصلاة والسلام فيمن أنكحت نفسها [أن] لها المهر بما استحل منها فاوجب المهر بالاستحلال وهو الاصابة فدل على أنه لم يجب بالعقد وانما

وجب بالوطء والواجب بالوطء مهر المثل . وهذا ضعيف فان الاستحلال يحصل بمحاولة الحل وتحصيله وان لم يوجد الوطء . وقد يطلق على استحلال مالم يحل من الأجنبية مثله وهو الخلوة او المباشرة وذلك مقرر عندنا للمهر . وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم الملاعن مثل ذلك وليس محمولا عندنا الا على [مثل] ما ذكرنا الا على حقيقة الوطء . فأما عقود المشاركات اذا فسدت كالشركة والمضاربة فهل يجب المسمى فيها أو أجرة المثل فيه خلاف بين الأصحاب وليس ذلك مما نحن فيه لأن كلامنا فى ضمان القابض بالعقد الفاسد وهذه العقود لاضمان فيها على القابض ، وانما يجب له فيها العوض بعمله أما المسمى وأما أجرة المثل على خلاف فيه.

﴿ القاعدة الثامنة والأربعون ﴾

كل من ملك شيئا بعوض ملك عليه عوضه فى آن واحد ويطرد هذا فى البيع والسلم والقرض والاجارة فيملك المستأجر المنافع والمؤجر الأجرة بنفس العقد ، وكذلك فى النكاح فى ظاهر المذهب فيملك الزوج منفعة البضع بالعقد وتملك المرأة به الصداق كله وكذلك الكتابة تملك العبد منافعه واكتسابه وتملك عليه النجوم بنفس العقد ، وكذلك الخلع والاعتاق على مال ، وكذلك المعاوضات القهرية كأخذ المضطر طعام الغير وأخذ الشفيع الشقص ونحوهما ، وأما تسليم العوضين فمتى كان أحدهما مؤجلا لم يمنع ذلك المطالبة بتسليم الآخر وان كانا حالين ففى البيع ان كان الثمن ديناً فى الذمة فالمذهب وجوب اقباض البائع أولا لأن حق المشترى تعلق بعين فقدم على الحق المتعلق بالذمة ولايجوز للبايع حبس المبيع عنده على الثمن على المنصوص لأنه صار فى يده أمانة فوجب رده بالمطالبة كسائر الأمانات ، واختار صاحب المغنى أن له الامتناع من اقباضه حتى يحضر الثمن لأن فى تسليمه بدون الثمن ضرراً بفوات الثمن عليه فلا يلزم تسليمه حتى يحضره وقال أبو الخطاب فى انتصاره : الصحيح عندى أنه لا يلزمه التسليم حتى يتسلم الثمن كما فى النكاح وان كان ديناً فهما سواء ولا يجبر أحدهما على البداءة بالتسليم بل ينصب عند التنازع من يقبض منهما ثم يقبضهما فان كان هناك خيار لهما أو لأحدهما لم يملك البائع المطالبة بالنقد ذكره القاضى فى الاجارات من خلافه وصرح به الأزجى فى نهايته ولا يملك المشترى قبض المبيع فى مدة الخيار بدون اذن صريح من البائع نص عليه احمد فى رواية ابن الشالنجى (١) . وأما فى الاجارة فالمذهب أنه لا يجب تسليم الأجرة إلا بعد تسليم العمل المعقود عليه أو العين المعقود عليها كما لا يجب دفع الثمن إلا بعد تسليم المبيع ومتى تسلم العين وجب عليه تسليم الأجرة لتمكنه من

(١) بدون ابن فى نسختى الدار

الانتفاع بقبضها نص عليه أحمد، وقال القاضى فى تعليقه إن الأجير يجب دفع الأجرة اليه اذا شرع فى العمل لأنه قد سلم نفسه لاستيفاء المنفعة فهو كتسليم الدار المؤجرة. ولعله يخص ذلك بالأجير الخاص لأن منافعه تتلف تحت يد المستأجر فهو شبيه بتسليم العقار، وقال ابن أبى موسى من استؤجر لعمل معلوم استحق الأجرة عند ايفاء العمل وان استؤجر فى كل يوم باجر معلوم فله أجر كل يوم عند تمامه، وظاهر هذا أن المستأجر للعمل مدة يجب له أجرة كل يوم فى آخره لأن ذلك مقتضى العرف، وقد يحمل على ما اذا كانت المدة مطلقة غير معينة كاستئجاره كل يوم بكذا فانه يصح ويثبت له الخيار فى آخر كل يوم فيجب له الأجرة فيه لأنه غير ملزوم بالعمل فيما بعده ولأن مدته لاتنتهى فلا يمكن تاخير اعطائه الى تمامها او على ان المدة المعينة اذا عينا لكل يوم منها قسطا من الأجرة فهى إجارات متعددة وأما النكاح فتستحق المرأة فيه المهر بالعقد ولها الامتناع من التسليم حتى تقبضه فى المذهب ذكره الخرقى والأصحاب، ونقله ابن المنذر اتفاقا من العلماء وعلله الأصحاب بان المنفعة المعقود عليها تتلف بالاستيفاء فاذا تعذر استيفاء المهر عليها لم يمكنها استرجاع عوضها بخلاف المبيع فلذلك ملكت الامتناع من التسليم حتى تقبضه وهذه العلة موجودة فيما لايتباقى من المبيع من المطعومات والمشروبات والفواكه والرياحين. بل فى سلع التجارة ايضاً. وهذا مما يرجح ما اختاره أبو الخطاب وأيضاً فاطرد هذا التعليل أن يجوز الامتناع من تسليم العين المؤجرة حتى تستوفى الأجرة لأن المعقود عليه يتلف أيضاً ويستهلك فلا يمكن استرداده عند تعذر الوصول الى الأجرة لكن قد يفرق بينهما بأن الزوج اذا تسلم المرأة فانه يستوفى فى الحال ما يستقر به المهر فاذا تعذر أخذ المهر منه فات على الزوجة المهر وما قابله، وأما فى الاجارة فاذا تسلم المستأجر العين المؤجرة فللمؤجر المطالبة حينئذ بالأجرة فان تعذر حصولها ملك الفسخ فيرجع الى المؤجر ماخرج عنه أو غالبه وهذا اذا كانت الزوجة ممن يمكن الاستمتاع بها فان كانت لا تصلح لذلك فقال ابن حامد وغيره لها المطالبة به أيضا ورجح صاحب المغنى خلافه وخرجه صاحب الترغيب مما حكى الآمدى أنه لا يجب البداءة بتسليم المهر بل يعدل كالثمن المعين فلا يلزم تسليم المهر الا عند التمكن من تسلم العوض المعقود عليه وقال الشيخ تقى الدين الأشبه عندى أن الصغيرة تستحق المطالبة لها بنصف الصداق لأن النصف يستحق بازاء الحبس وهو حاصل بالعقد والنصف الآخر بازاء الدخول فلا تستحقه الا بالتمكن أما لو استقر المهر بالدخول ثم نشزت المرأة فلا نفقة لها ولها او لوليها أو سيدها إن كانت أمة المطالبة بالمهر ذكره أبو بكر وغيره لأن وجوبه استقر بالتمكن فلا يؤثر فيه ما طرأ عليه بعده

﴿القاعدة التاسعة والأربعون﴾

القبض فى العقود على قسمين :

أحدهما : أن يكون من موجب العقدومقتضاه كالبيع اللازم والرهن اللازم والهبة اللازمة والصداق وعوض الخلع فهذه العقود تلزم من غير قبض ، وانما القبض فيها من موجبات عقودها

الثانى :أن يكون القبض من تمام العقد كالقبض فى السلم والربويات وفى الرهن والهبة والوقف على رواية والوصية على وجه وفى بيع غير المعين أيضا على خلاف فيه ، فأما السلم فمتى تفرقا قبل قبض رأس ماله بطل وكذلك فى الربويات ، وأما الرهن والهبة فهل يعتبر القبض فيهما فى جميع الأعيان أو فى المبهم غير المتميز كقفيز من صبرة على روايتين . وأما الوقف ففى لزومه بدون اخراج الوقف عن يده روايتان معروفتان ، وأما الوصية فهل تلزم بالقبول فى المبهم فيه وجهان . واختار القاضى وابن عقيل أنها لاتلزم فيه بدون قبض ، وخرج صاحب المغنى وجها ثالثا انها لاتلزم بدون القبض مطلقا كالهبة ، وكذلك حكى صاحب المغنى وغيره وجهين فى رد الموقوف عليه المعين للوقف هل يبطل برده ، وصرح القاضى فى المجرد بأن الملك فيه لايلزم بدون القبض وأما المبيع المبهم فذكر القاضى فى موضع أنه غير لازم بدون القبض وذكر فى موضع آخر [أنه] لازم من جهته [ولم يتعرض للمشترى ولعله جعله غير لازم من جهته البائع] لأنه لم يدخل فى ضمانه بعد واختار صاحب المغنى أنه لازم فى حقهما جميعا وقال هو ظاهر كلام الخرقى

واعلم أن كثيرا من الأصحاب يجعل القبض فى هــذه العقود معتبراً للزومهـا واستمرارها لا لانعقادها وانشائها وممن صرح بذلك صاحب المغنى وأبو الخطاب فى انتصاره وصاحب التلخيص وغيرهم . ومن الأصحاب من جعل القبض فيها شرطا للصحة وممن صرح بذلك صــاحب المحرر فيه فى الصرف والسلم والهبـة . وقال فى الشرح : مذهبنا أن الملك فى الموهوب لايثبت بدون القبض وفرع عليه اذا دخل وقت الغروب من ليلة الفطر والعبـد موهوب لم يقبض ثم قبض وقلنا يعتبر فى هبته القبض ففطرته على الواهب . وكذلك صرح ابن عقيل بان القبض ركن من أركان الهبة كالا يجاب فى غيرها وكلام الخرقى يدل عليه أيضا ، وكذلك ذكر القاضى أن القبض شرط فى صحة الصرف والسلم وصرح به كثير من الأصحاب ، ولـكن صاحب المحرر لم يذكر فى الرهن الا أن القبض شرط للزومه . وصرح أبو بكر بانه شرط لصحته وأن الرهن يبطل بزواله وكذلك صاحب المحرر فى شرح الهداية والشيرازى وغيرهما . وأما القرض والصدقة والزكاة وغيرها ففيها طريقان احـداهما لايملك الا بالقبض رواية واحـــدة وهى طريقة المجرد

والمبهج ونص عليه احمد فى مواضع ، والثانية أنه فى المبهم لا يملك بدون القبض بخلاف المعين فانه يملك فيه بالعقد وهى طريقة القاضى فى خلافه وابن عقيل فى مفرداته والحلوانى وابنه الا انهما حكيا فى المعين روايتين كالهبة ، وأما السهم من الغنيمة فيملك بدون القبض اذا عينه الامام بغير خلاف صرح به الحلوانى وابن عقيل وغيرهما ، وأما العارية فلا تملك بدون القبض ان قيل انها هبة منفعة وخرج القاضى فيها رواية أخرى أنها تملك بمجرد العقد كهبة الأعيان وتلزم اذا كانت مؤقتة وان قيل هى إباحة فلا يحصل الملك فيها بحال بل يستوفى على ملك المالك كطعام الضيف

قال الشيخ تقى الدين التحقيق أن يقال فى هذه العقود اذا لم يحصل القبض فلا عقد وان كان بعض الفقهاء يقول بطل العقد فكما يقال اذا لم يقبل المخاطب بطل الايجاب فهذا بطلان مالم يتم لا بطلان ماتم انتهى ، ولا يستبعد توقف انعقاد العقد على أمر زائد على الايجاب والقبول كما يتوقف انعقاد النكاح معهما على الشهادة . وفى الهبة وجه ثالث حكى عن ابن حامد أن الملك فيها يقع مراعى فان وجد القبض تبينا انه كان للموهوب بقبوله والا فهو للواهب ، وفرع على ذلك حكم الفطرة وقد يطرد قوله بالوقف والمراعاة الى بقية هذه العقود . وأما البيع الذى يعتبر له القبض ففى كلام أبى بكر ما يدل على أنه لا ينعقد بدون القبض أيضا فانه قال اذا اشتراه كيلا فلا يقع بينهما الا كيلا وتأوله القاضى على نفى الضمان وهو بعيد قال لأن احمد قيل له فى رواية ابن مشيش أليس قد ملكه المشترى قال بلى ولكن هو من مال البائع يعنى اذا تلف ، قلت : ولكن صرح احمد فى رواية ابن منصور بانتقال الملك قبل القبض فقال أما ما يكال ويوزن فلا بد للبائع ان يوفيه المبتاع لأن ملك البائع فيه قائم حتى يوفيه المشترى وما لا يكال ولا يوزن اذا كان معلوما فهو ملك للمشترى فما لزمه من شئ فهو عليه ، وقال أيضاً فى طعام اشترى بالصفة ولا يحول البائع الثمن والبائع مالك بعد مالم يكله المشترى وهذا صريح لا يمكن تأويله . فيكون اذا عن احمد فى انتقال الملك فى بيع المكيل والموزون بدون القبض روايتان .

﴿ القاعدة الخمسون ﴾

هل يتوقف الملك فى العقود القهرية على دفع الثمن أو يقع بدونه مضموناً فى الذمة هذا على ضربين :

أحدهما التملك الاضطرارى كمن اضطر الى طعام الغير ومنعه وقدر على أخذه فانه يأخذه مضموناً سواء كان معه ثمن يدفعه فى الحال أولا لأن ضرره لا يندفع إلا بذلك

والثانى : ماعدده من التمليكات المشروعة لازالةالضررما كالأخذبالشفعةوأخذالغراس والبناءمن المستعير والمستأجروالزرع من الغاصب وتقويم الشقص من العبد المشترك اذا قيل إنه تملك يقف على التقويم،وكالفسوخ التى يستقل بها البائع بعد قبض الثمن يتخرج ذلك كله على وجهين فان لأصحابنا فى الأخذبالشفعة وجهين :

أحدهما : لايملك بدون دفع الثمن وهو محكى عن ابن عقيل ويشهد له نص أحمدأنه اذا لم يحضر المال مدة طويلة بطلت شفعته .

والثانى : تملك بدونه مضموناً فى الذمة،ونص احمد فى فسخ البائع أنه لا ينفذ بدون رد الثمن قال أبو طالب : قلت لأحمد يقولون اذا كان له الخيار فمتى قال اخترت دارى أو أرضى فالخيار له ويطالب بالثمن قال [كيف] له الخيار ولم يعطه ماله ليس هذا بشىء ان أعطاه فله الخيار وان لم يعطه ماله فليس له الخيار ، واختار الشيخ تقى الدين ذلك . وقد يتخرج مثله فى سائر المسائل لأن التسليط على انتزاع الأموال قهراً ان لم يقترن به دفع العوض والا حصل به ضرورة فساد. وأصل الانتزاع القهرى انما شرع لدفع الضرر والضرر لايزال بالضرر ، وقد يفرق بين مسألة أبى طالب وبقية المسائل بأن البائع لو فسخ من غير دفع الثمن اجتمع له العوض والمعوض، وذلك ممتنع ولا يوجدمثله فى بقية الصوراذ أكثر مافيها التملك ويعوض فى الذمة وهوجائز كالقرض وغيره .

تنبيه — الاملاك القهرية تخالف الاختيارية من جهة أسبابها وشروطها وأحكامها وتملك مالا يتملك بها ، أما الأول فيحصل التملك القهرى بالاستيلاء على ملك الغير الأجنبى بخلاف الاختيارى ، وأما الثانى فالتملك القهرى كالأخذ بالشفعة هل يشترط منفعته كالبيع أم لا لأنه قهرى كالميراث قال فى التلخيص فيه تردد ،وأما الثالث . فقد ذكرنا اشتراط دفع الثمن للتملك القهرى ، وللمشترى حبس الشخص المشفوع على دفع الثمن ، وان قلنا يملك بدونه وينفذ تصرف الشفيع فيه قبل قبضه،وهل يثبت له فيه خيار المجلس على وجهين قال فى التلخيص ويخرج التردد فى الجميع نظرا الى الجهتين . وأما الرابع فيملك الكافر العبد المسلم بالأرث ويرده عليه بعيب ونحوه فى أحدالوجهين وباستيلاد المسلم أمته وبالقهر ، وكذلك تملك المصاحف بهذه الأسباب وهل يملك أم ولد المسلم بالقهر على روايتين وتملك بالميراث الخمر والكلب وكذا الصيد فى حق المحرم على أحد الوجهين ولا يتملك ذلك كله بالاختيار .

﴿ القاعدة الحادية والخمسون ﴾

فيما يعتبر القبض لدخوله فى ضمان مالكه ومالا يعتبر له الملك يقع تارة بعقد وتارة بغير عقد والعقود نوعان :

أحدهما ـ عقود المعاوضات المحضة فينتقل الضمان فيها الى من ينتقل الملك اليه بمجرد التمكن من القبض التام والحيازة اذا تميز المعقود عليه من غيره وتعين فأما المبيع المبهم غير المتعين كقفيزمن صبرة فلا ينتقل ضمانها بدون القبض وهل يكفى كيله وتمييزه أم لابد من نقله ؟ حكى الاصحاب فيه روايتين ثم لهم طريقان : منهم من يقول هل التخلية قبض فى جميع الاعيان المبيعة أم لا بد من نقله ، حكى الاصحاب فيه روايتين ، ومنهم من يقول التخلية قبض فى المبيع المتعين رواية واحدة ، وفيما ليس بمتعين اذا عين وخلى بينه وبينه روايتين وكلا الطريقين مسلك القاضى فى خلافه وله طريقة ثالثة سلكها فى المجرد أن الكيل قبض للمبهم رواية واحدة ، وذكر قول أحمد فى رواية [محمد بن](١) الحسن بن هارون قبضه كيله والتخلية قبض فى المعينات على روايتين وهذه أصح(٢) مما قبلها وقد فرق احمد بين المبهم فجعل قبضه كيله وبين الصبرة فجعل قبضها نقلها فى رواية الأثرم لأن المبهم اذا كيل فقد حصل فيه التميز وزيادة وهى اعتبار قدره وكلاهما من فعل البائع وهو الواجب عليه ولم يوجد فى بقية المعينات شىء من ذلك سوى تمييزها بنفسها ، وعلى الطريقة الأولى فيكون بعد كيله وتمييزه كسائر الاعيان المتميزة وما عدا ذلك من الاعيان المتميزة فهو داخل فى ضمان المشترى بالعقد فى ظاهر المذهب لتمكنه من قبضه التام بالحيازة وقد انقطعت علق البائع منه لأن عليه تسليمه والتمكين من قبضه وقد حصل ، الا الثمر المشترى فى رءوس شجره فان المشترى لا يتمكن من تمام(٣) قبضه فى الحال بحيازته اليه ؛ وكذلك مالا يتأتى نقله فى ساعة واحدة لكثرته فانه لا ينتقل الى ضمانه الى المشترى الا بعد مضى زمن يتأتى فيه نقله عادة صرح به القاضى وغيره فالناقل للضمان هو القدرة التامة على الاستيفاء والحيازة وحكم المبهم المشترى بعدد او ذرع كذلك وأنكر احمد فى رواية ابن منصور دخول المعدود فيه ولعل مراده اذا اشترى صبرة ، وأما المشاع فكالمتعين لأن تسليمه يكون على هيئة لا يقف على

---

(١) الزيادة عن نسختى الدار (٢) نسختا الدار : أوضح (٣) نسختا الدار : كمال

افرازه كذلك ذكره القاضى وابن عقيل والصبرة المبتاعة كيلا أو وزنا كالقفيز المبهم عند الخرقى وأبى بكر والأكثرين لأن علق البائع لم تنقطع منها ولم تتميز فان زيادتها له ونقصها عليه وفى التلخيص ان بعض الاصحاب خرج فيها وجها بالحاقها بالعبد والثوب بناء على ان العلة اختلاط المبيع بغيره. قال وهو ضعيف ، قال : واستثنى بعض أصحابنا منها المتعينات فى الصرف لقوله عليه [الصلاة و] السلام الاهاء وهاء ومراده . أن الشارع اعتبر له القبض فالتحق بالمبهمات ونقل صالح عن احمد فيمن اشترى عبدا فمات فى يد المبتاع هو من مال المبتاع الا ان يقول المبتاع تسلمه فلا يتسلمه وظاهر هذا أنه يكون من ضمان البائع الا ان يمتنع المشترى من تسلمه بعد عرضه عليه فيدخل فى ضمانه ، ونقل حنبل عنه اذا عرضه البائع عليه ولم ينقده الثمن فتلف فهو من مال البائع ، وان نقده الثمن وتركه عنده فهو من مال المشترى ، ويلتحق بهذه المضمونات من المبيع ما اشترى بصفة أو رؤية سابقة على العقد لأن الغيبة مانعة من التمكن من القبض ، فأما المبيع فى مكان او زمان يغلب فيه هلاك السلعة فهل يكون مضمونا على البائع مطلقا أم لا هذه مسئلة تبايع الغنيمة بعد القسمة فى دار الحرب اذا غاب عليها العدو بعد ذلك وعن احمد فى ضمانها روايتان ، كذا حكى الأصحاب ولم يفرق أكثرهم بين ما قبل القبض وبعده [وظاهر] كلام ابن عقيل التفريق وأنه قبل القبض من ضمان البائع قولا واحدا كالثمر المعلق فى رؤوس الشجر لتعرضه للآفات وفيه نظر فان الثمر لم يتمكن المشترى من قبضه تاما بخلاف المبيع المعين فى دار الحرب ، وخص أكثر الأصحاب ذلك بمال الغنيمة لأن تطلب الكفار لها شديد وحرصهم على استردادها معلوم بخلاف غيرها من أموال المسلمين وحكى ابن عقيل فى تبايع المسلمين أموالهم بينهم بدار الحرب اذا غاب عليها العدو قبل قبضه وجهين كمال الغنيمة فأما ما بيع فى دار الاسلام فى زمن نهب ونحوه فمضمون على المشترى قولا واحداً ذكره كثير من الأصحاب كشراء من يغلب على الظن هلاكه كمريض ميئوس منه أو مرتد أو قاتل فى محاربة أو فى زمن طاعون غالب ، ويحتمل فى هذا أن يفرق بين التلف قبل القبض وبعده فأما الأعيان المملوكة بعقد غير البيع كالصلح والنكاح والخلع والعتق ونحو ذلك فحكمها حكم البيع فيما ذكرنا عند أكثر الأصحاب (١) قال فى المغنى ليس فيه اختلاف ، وحكى أبو الخطاب ومن اتبعه رواية بأن الصداق مضمون على الزوج قبل القبض مطلقا فانه نص فيما اذا أصدقها غلاماً ففقئت عينه قبل أن تقبضه أن عليه ضمانه وتأولها القاضى على أن الزوج فقأ عينه

(١) كثير من الاصحاب ٧١٢

او انه امتنع من التسليم حتى فقئت عينه فيكون ضامناً بلاريب ويمكن ان يخرج من هذا رواية بأن ضمان جميع الأعيان لاتنتقل الا بالقبض فى البيع وغيره وخرجها بعض الأصحاب رواية عن احمد من نصه على ضمان صبر الطعام على البائع قبل القبض فمن الاصحاب من تأولها على انها بيعت كيلا ، ومنهم من أقرها رواية فى المكيل والموزون وإن بيع جزافاً ، ومنهم من خرج منها رواية فى جميع الأعيان المتميزة ومأخذ ذلك ان علق الملك لاتنقطع عنه بدون القبض لان تسليمه واجب عليه بحق العقد ولم يوجد فلم تتم أحكام العقد فكان مضموناً على المملك وهذه شبه ابن عقيل التى اعتمدها فى أن ضمان جميع الاعيان على البائع قبل القبض وهى ضعيفة فان البائع عليه التمكين من القبض وهو معنى التسليم فاذا وجد منه فقد قضى ماعليه ، وأما النقل فهو على المشترى دون البائع وهو واجب عليه لتفريغ ملك البائع من ملكه ، فكيف يكون تعديه بشغل ارض المالك بملكه من غير اذنه او مع مطالبته بتفريغه موجبا للضمان على البائع ، ويحتمل أن يفرق بين النكاح وغيره من العقود بأن المهر فى النكاح ليس بعوض أصلى بل هو شبيه بالهبة ، ولهذا سماه الله نحلة فلا ينتقل ضمانه الى المرأة بدون القبض كالهبة والصدقة والزكاة ، وهذا كله فى الاعيان . فأما المنافع فى الاجارة فلا تدخل فى ضمان المستأجر بدون القبض او التمكين منه اوتفوته باختياره فان استوفى المنافع فلا كلام وان تمكن من استيفائها بقبض العين او تسليم الأجير الخاص نفسه تلفت من ضمانه ايضاً لتمكنه من الانتفاع.

والنوع الثانى : عقود لامعاوضة فيها كالصدقة والهبة والوصية ، فالوصية تملك بدون القبض والهبة والصدقة فيهما خلاف سبق فاذا قيل لايملكان بدون القبض فلا كلام لكن هل يكتفى بالقبض فيهما بالتخلية على رواية كالبيع ام لا بد من النقل ، جمهور الاصحاب على تسوية الرهن والهبة بالبيع فى كيفية القبض . واختار صاحب التلخيص أنه لايكفى التمكين ههنا فى اللزوم ففى أصل الملك أولى قال لأن القبض هنا سبب الاستحقاق بخلاف القبض فى البيع فان العقد سبب لاستحقاق القبض فيكفى فيه التمكن . وان قيل يحصل الملك بمجرد العقد فلا ينبغى ان يكون مضمونا على المملك اذا تلف فى يده من غير منع لأنها عقود بر وتبرع فلا يقتضى الضمان وكلام الاصحاب يشهد لذلك .

وأما الوصية اذا ثبت الملك للموصى له اما بالموت بمجرده من غير قبول او بالموت مراعى بالقبول او بالقبول من حينه دون ماقبله على اختلاف الوجوه فى المسألة فان ضمانه من حين القبول

على الموصى له من غير خلاف نعلمه اذا كان متمكناً من قبضه وأما [ما] قبل القبول ففيه وجهان :

أحدهما : أنه من ضمان الموصى له أيضا وهو ظاهر كلام احمد والخرقى وصرح به القاضى وابن عقيل فى كتاب العتق ، وكذلك صاحب المغنى والترغيب وغيرهم ، ولم يحكوا فيه خلافا . وهذا لأنا ان قلنا يملكه بمجرد الموت أما مع القبول [أو] بدونه فهو ملكه فاذا تمكن من قبضه كان عليه ضمانه كما لو ملكه بهبة أو غيرها من العقود ، وإن قلنا لا يملكه الا من حين القبول فلأن حقه تعلق بالغير (١) تعلقا يمنع الورثة من التصرف فيه فأشبه العبد الجانى اذا أخر المجنى عليه استيفاء حقه حتى نقص أو تلف ولأن حق الموصى له فى التملك ثابت لا يمكن ابطاله فكان ضمان النقص عليه وان لم يحصل له الملك كما فى ربح المضاربة اذا قلنا لا يملك الا بالقسمة ونصف الصداق اذا قلنا لا يملك الا بالتملك والمغانم اذا قلنا لا تملك بدون القسمة بخلاف بقية العقود فان الحق فيها يمكن إبطاله .

والوجه الثانى : لا يدخل فى ضمانه الا بالقبول على الوجوه كلها وهو المجزوم به فى المحرر لأنه ان قيل لا يملك الا من حينه فواضح لأنه لم يكن قبل ذلك على ملكه فلا يحسب نقصه عليه ، وان قيل يملكه بالموت فالعين مضمونة على التركة بدليل مالو تلفت قبل القبول فانها تتلف من التركة لا من مال الموصى له فكذلك أجزاؤها ، لأن القبول وان كان مثبتا للملك من حين الموت الا أن ثبوته السابق تابع لثبوته من حين القبول والمعدوم حال القبول لا يتصور الملك فيه فلا يثبت فيه ملك ، نعم إن قيل يملكه بمجرد الموت من غير قبول فينبغى أن يكون من ضمانه (٢) بكل حال كالموروث

وهذا كله فى المملوك بالعقد فأما ما ملك بغير عقد فنوعان :

أحدهما : الملك القهرى كالميراث وفى ضمانه وجهان أحدهما أنه يستقر على الورثة بالموت اذا كان المال عيناً حاضرة يتمكن من قبضها قال احمد فى رواية ابن منصور فى رجل ترك مائتى دينار وعبدا قيمته مائة دينار وأوصى لرجل بالعبد فسرقت الدنانير بعد موت الرجل وجب العبد للموصى له وذهبت دنانير الورثة وهكذا ذكر الخرقى وأكثر الأصحاب ، لأن ملكهم استقر بثبوت سببه اذ هو لا يخشى انفساخه ، ولا رجوع لهم بالبدل على أحد فأشبه ما فى يد المودع ونحوه بخلاف المملوك بالعقود لأنه إما أن يخشى انفساخ سبب الملك فيه أو يرجع ببدله فلذلك اعتبر له القبض وأيضا فالمملوك بالبيع ونحوه ينتقل الضمان فيه بالتمكن من القبض فالميراث أولى ، وقال القاضى وابن عقيل فى كتاب العتق لا يدخل فى ضمانهم بدون القبض لأنه لم يحصل فى ايديهم ولم ينتفعوا به فأشبه الدين والغائب ونحوهما مالم يتمكنوا من قبضه ، فعلى هذا ان زادت التركة قبل القبض

(١) نسختا الدار بالعين (٢) نسختا الدار أن يكون ضمانه عليه بكل حال

فالزيادةللورثة ،وإن نقصت لم يحسب النقص عليهم وكانت التركة مابقى بعد النقص حتى لو تلف المال كله سوى القدر الموصى به صار هو التركة ولم يكن للموصى له سوى ثلثه الا أن يقال ان الموصى له يملك الوصية بالموت بمجرده أو مراعى بالقبول فلا تزاحمه الورثه لأن ملكه سبق استحقاقهم لمزاحمته بالنقص فيختص به كما لو لم يتلف المال الا بعد قبوله . وعلى ذلك خرج صاحب الترغيب وغيره كلام أحمد فى رواية ابن منصور . والاول أصح لأن الموصى له تمكن من أخذ العين الموصى بها مع حضور التركة والتمكن [من] قبضها بغير خلاف ولو لم يدخل فى ضمانهم الا بالقبض لم يمكن أن يأخذ من العين أكثر من ثلثها وتوقف قبض الباقى على قبض الورثة فكلما قبضوا شيئا أخذ من الموصى به بقدر(١) ثلثه كما لو كانت التركة دينا أو غائبا لا يتمكن من قبضه

والنوع الثانى : مايحصل بسبب الآدمى(٢) يترتب عليه الملك فان كان حيازة مباح كالاحتشاش والاحتطاب والاغتنام ونحوها فلا اشكال ولا ضمان هنا على أحد سواه ، ولو وكل فى ذلك أو شارك فيه دخل فى حكم الشركة والوكالة وكذلك اللقطه بعد الحول لأنها فى يده وان كان تعين ماله فى ذمة غيره من الديون فلا يتعين فى المذهب المشهور الا بالقبض ، وعلى القول الآخر يتعين بالاذن فى القبض فالمعتبر حكم ذلك الاذن

﴿ القاعدة الثانية والخمسون ﴾

فى التصرف فى المملوكات قبل قبضها : وهى منقسمة الى عقود وغيرها فالعقود نوعان :

أحدهما : عقود المعاوضات وتنقسم الى بيع وغيره ، فأما المبيع فقالت طائفة من الأصحاب التصرف قبل القبض والضمان متلازمان فان كان المبيع مضمونا على البائع لم يجز التصرف فيه للمشترى حتى يقبضه وان كان قبل القبض من ضمان المشترى جاز له التصرف فيه ، وصرح بذلك القاضى فى الجامع الصغير وغيره . وجعلوا العلة المانعة من التصرف توالى الضمانات . وفى المذهب طريقة أخرى وهى أنه تلازم بين التصرف والضمان فيجوز التصرف والضمان على البائع كما فى بيع الثمرة قبل جدها فانه جوز فى أصح الروايتين . وهى مضمونة على البائع ويمتنع التصرف فى صبرة الطعام المشتراة جزافا على احدى الروايتين ، وهى اختيار الخرقى مع أنها فى ضمان المشترى وهذه طريقة الاكثرين من الاصحاب فانهم حكوا الخلاف فى بيع الصبرة مع عدم الخلاف فى

(١) اخذوا من العين بقدر نسختا الدار (٢) الاذن ٧١١

كونها مضمونة على البائع ،وممن ذكر ذلك ابن أبي موسى والقاضى فى المجرد والخلاف وابن عقيل فى الفصول والمفردات والحلوانى وابنه وغيرهم. وصرح ابن عقيل فى النظريات بأنه لا تلازم بين الضمان والتصرف وعلى هذا فالقبض نوعان : قبض يبيح التصرف وهو الممكن فى حال العقد وقبض ينقل الضمان وهو القبض التام المقصود بالعقد . وقد حكى ابن عقيل وغيره الخلاف فيما يمتنع التصرف فيه قبل قبضه هل هو المبهم أو جنس المكيل والموزون وان بيع جزافا أو المطعوم خاصة مكيلا او موزونا كان أو غيرهما أو المطعوم المكيل او الموزون ونقله مهنا عن أحمد وضعف القاضى هذه الرواية ورجحها صاحب المغنى ولم يذكروا فى الضمان ذلك . واختار ابن عقيل المنع من بيع جميع الاعيان قبل القبض معللا بأن العقد الأول لم يتم حيث بقى من أحكامه التسليم فلا يرد عليه عقد آخر قبل انبرامه ولم يجعل الضمان ملازما له ، وكلام القاضى فى الجامع الصغير قد يتأول بأنه ذكر أن المتعين يجوز بيعه قبل القبض وغير المتعين لا يجوز ثم لازم بعد ذلك بين جواز البيع والضمان وهو صحيح على ماذكره فانه اقتصر على ذكر جادة المذهب وهو أن لا ضمان ولا منع من التصرف الا فى المبهم خاصة ولم يبين أنه لا تلازم بين التصرف والضمان أن المنافع المستأجرة يجوز أن يؤجرها المستأجر وهى مضمونة على المؤجر الأول والثمر المبيع على شجر المبيع يجوز بيعه على المنصوص وهو مضمون على البائع الاول، والمقبوض قبضا فاسداً كالمكيل اذا قبض جزافا فانتقل الضمان فيه الى المشترى ولا يجوز التصرف فيه قبل كيله وبيع الدين ممن هو فى ذمته جائز على المذهب وليس مضمونا على مالكه وكذلك المالك يتصرف فى المغصوب والمعار والمقبوض بعقد فاسد وضمانها على القابض ، والتعليل بتوالى الضمانين ضعيف لأنه لا محذور فيه كما لو تبايع الشقص المشفوع جماعة ثم انتزعه الشفيع من الاول . وكذلك التعليل بخشية انتقاص الملك بتلفه عند البائع يبطل بالثمر المشترى فى رءوس الشجر وباجارة المنافع المستأجرة وبهذا أيضا ينتقض تعليل ابن عقيل ،وببيع الدين ممن هو عليه ، لأن البائع وفى عليه بالتخلية والتمييز فلم يبق له علقة فى العقد ، وعلل أيضا بأنه داخل فى بيع ماليس عنده وهو شبيه بالغرر لتعرضه للافات ، وهو يقتضى المنع فى جميع الأعيان ، وأشار الامام أحمد الى أن المراد من النهى عن ربح مالم يضمن حيث كان مضمونا على بائعه فلا يربح فيه مشتريه ،وكأنه حمل النهى عنه هو الربح على النهى عن أصل الربح لأنه مظنة الربح ، ويتخرج له قول آخر أن النهى عن حقيقة الربح دون البيع بالثمن الذى اشتراه فانه منع فى رواية من اجارة المنافع المستأجرة الا بمثل الأجرة لئلا يربح فيما لم يضمن ومنع

فى رواية أخرى من ربح ما اشتراه المضارب على وجه المخالفة لرب المال لأنه ضامن له بالمخالفة فكره أحمد ربحه لدخوله فى ربح مالم يضمن وأجاز أصل البيع وأجاز الاعتياض عن ثمن المبيع قبل قبضه بقيمته من غير ربح لئلا يكون ربحا فيما لم يضمن فيخرج من هذا رواية أن كل مضمون على غير مالكه يجوز بيعه بغير ربح ويلزم مثل ذلك فى بيع الدين من الغريم والتمر على رءوس النخل وغيرهما مما لم يضمنه البائع ونقل حنبل عن احمد فى بيع الطعام الموهوب قبل قبضه لا بأس به مالم يكن للتجارة وهذا يدل على ان المنع فى بيع الطعام قبل قبضه هو الربح والتكسب ولا فرق فى ذلك بين بيعه من بائعه وغيره وقد نص احمد على منع بيعه من بائعه حتى يكيله . واختلف الأصحاب فى الاقالة فيه قبل قبضه فمنهم من خرجها على الخلاف فى كونها بيعاً أو فسخاً ، فان قيل إنها بيع لم يصح والا صحت ، وعن أبى بكر أنه منعها على الروايتين بدون كيل ثان لانها تجديد ملك ،ويتخرج لنا رواية ثالثة بجواز البيع من البائع لان أحمد أجاز فى رواية منصوصة عنه(١) بيعه من الشريك الذى حضر كيله وعلمه من غير كيل آخر فالبائع أولى ، وحكى القاضى فى المجرد وابن عقيل فى الفصول فى كتاب الاجارات رواية(٢) فى جواز بيعه قبل القبض من بائعه خاصة [و]ذكرا مأخذها،وهو اختلاف الروايتين عنه فى بيع الدين فى الذمة إذا كان طعاما مكيلا أو موزونا قبل قبضه ، وهذا مخالف لما ذكرناه فى البيع فانهما خصا فيه الروايتين بما فى الذمة سواء كان طعاما أو غيره هذا فى التصرف فيه بالبيع : وأما غيره من العقود فقال القاضى فى المجرد وابن عقيل لايجوز رهنه ولا هبته ولا اجارته قبل القبض كالبيع ، ثم ذكرا فى الرهن عن الاصحاب أنه يصح رهنه قبل قبضه لأنه لا يؤدى الى ربح مالم يضمن بخلاف البيع ، وفى هذا المأخذ نظر لأن الرهن انما يصح فيما يصح بيعه لأنه يفضى الى البيع لكن تركه فى يد البائع لايطول غالبا وقبضه متيسر فلذلك يصح رهنه ، وعلل ابن عقيل المنع من رهنه لانه غير مقبوض ولا متميز ولا متعين وفيه ضعف لامكان تميزه وقبضه . وعلل مرة أخرى فى الرهن والهبة بأن القبض شرط لهما فكيف ينبنى عقد من شرطه القبض على عقد لم يوجد فيه القبض . وللاصحاب وجه آخر أنه أنه بجواز رهنه على غير ثمنه حكاه أبو الخطاب فيما كان معيناً كالصبرة وأظنه منعه منه فى المبهم لعدم تأتى القبض وهو معتبر فيه كما ذكر ابن عقيل فخرج من هذا وجهان للاصحاب فى سائر العقود . ومن الاصحاب من قطع بجواز جعله مهراً معللا بأن ذلك غرر يسير يغتفر فى الصداق

(١) ابن منصور عنه ٧١١ (٢) نسختا الدار : روايتين

ومنهم صاحب المحرر ، وهذا وجه ثالث .

هذا كله فى المبيع ، فأما ثمنه فان كان معينا جاز التصرف قبل قبضه ، سواء كان المبيع يجوز التصرف فيه قبل القبض أولا ، وصرح به القاضى وان كان مبهما لم يجز الا بعد تمييزه ، وان كان دينا جاز أن يعاوض عنه قبل قبضه . ذكره القاضى وابن عقيل ولم يخرجا المعاوضة على الخلاف فى بيع الدين ممن هو عليه . وقد حكيا فى ذلك روايتين والاكثرون أدخلوه فى جملة صور الخلاف ، وقد نص أحمد على جواز اقتضاء أحد النقدين من الآخر بالقيمة فى رواية الأثرم (١) وابن منصور وحنبل . ونقل عنه القاضى البرتى فى طعام فى الذمة هل يشترى به شيئا ممن عليه فتوقف قال فقلت [له] لم لا يكون هذا مثل اقتضاء الورق من الذهب فكأنه أجازه من غير أن يوضحه إيضاحاً بيناً ، وهذا يشعر أن اقتضاء أحد النقدين من الآخر يجوز من غير خلاف لحديث ابن عمر فى ذلك ، والخلاف فى المعاوضة عنهما بغيرهما ، ولم يذكر القاضى وابن عقيل فى الصرف فى ذلك خلافاً ، والمعنى فى ذلك أن النقدين لتقاربهما فى المعنى أجريا مجرى الشىء الواحد فأخذ احدهما عن الآخر ليس بمعاوضة محضة بل هو نوع استيفاء . وقد صرح بذلك أحمد فى رواية أبى طالب قال : ليس هو ببيع وانما هو اقتضاء ولذلك لم يجز الا بالسعر لأنه لما كانت المماثلة فى القدر لاختلاف الجنس اعتبرت فى القيمة ، وهذا المأخذ هو الذى ذكره صاحب المغنى . ومن الأصحاب من جعل مأخذه النهى عن ربح مالم يضمن ، وأما القاضى فأجاز المعاوضة عن أحد النقدين بالآخر بما يتفقان عليه وتأول كلام أحمد بكلام بعيد جداً . وقد ذكرنا أن طريقة القاضى وابن عقيل فى الاجارة . أن مافى الذمة اذا كان مكيلا أو موزونا لم يجز بيعه قبل قبضه لأجنبى رواية واحدة وفى بيعه لمن هو فى ذمته روايتان لأنه قبل القبض مبهم غير متميز . وهذا الكلام فى التصرف فى المبيع وعوضه فأما غير المبيع من عقود المعاوضات فهى ضربان :

أحدهما : مايخشى انفساخ العقد بتلفه قبل قبضه مثل الأجرة المعينة والعوض فى الصلح بمعنى البيع ونحوهما فحكمه حكم البيع فيما سبق . وأما التصرف فى المنافع المستأجرة فان كان باعارة ونحوها فيجوز لأن له استيفاء العوض بنفسه وبمن يقوم مقامه . وإن كان باجارة صح أيضاً بعد قبض العين ولم يصح قبلها الا للمؤجر على وجه سبق . ويصح إيجارها بمثل الأجرة وبازيد فى احدى الروايتين وفى الأخرى يمنع بزيادة لدخوله فى ربح مالم يضمن والصحيح الجواز لأن المنافع مضمونة على المستأجر فى وجه ، بدليل أنه لو عطلها حتى فاتت من غير استيفاء تلفت من ضمانه

(١) الاثرم غير وارد فى ٧١١ ومضروب عليه فى ٧١٢

فهى كالثمر فى رءوس الشجر فهو مضمون عليه باتلافه .

والضرب الثانى : مالا يخشى انفساخ العقد بهلاكه قبل قبضه كالصداق وعوض الخلع والعتق والمصالح به عن دم العمد ، ونحو ذلك ففيه وجهان :

أحدهما : يجوز التصرف فيه قبل القبض وهو قول القاضى فى المجرد وأبى الخطاب — غير أنه استثنى منه الصداق — والسامرى وصاحبى المغنى والتلخيص ونص أحمد على صحة هبة المرأة صداقها قبل القبض وهو تصرف فيه ، ووجه ذلك أن تلف هذه الاعواض لا تنفسخ بها عقودها فلا ضرر فى التصرف فيها بخلاف البيع والاجارة ونحوهما ، ومع هذا فصرح القاضى فى المجرد بأن غير المتميز فيها مضمون على من هو بيده ففرق بين التصرف والضمان هنا ونسب اليه صاحب التلخيص أنه سوى بينهما فاثبت الضمان ومنع التصرف وهو وهم عليه

والوجه الثانى : أن حكمها حكم البيع فلا يجوز التصرف فى غير المعين منها قبل القبض وهو الذى ذكره القاضى فى خلافه ، وقال هو قياس قول أصحابنا وابن عقيل فى الفصول والمفردات والحلوانى والشيرازى وصاحب المحرر ، واختاره صاحب المغنى فى كتاب النكاح الحاقا لها بسائر عقود المعاوضات ، ولا يصح التفريق بعدم الانفساخ لأن الزبرة الحديدة العظيمة اذا اشتريت وزنا فلا يخشى هلاكها والتصرف فيها ممنوع ، ومنافع الاجارة يخشى هلاكها والتصرف فيها جائز ، ورجح الشيخ تقى الدين الأول ولكن بناه على أن علة منع التصرف الربح فيما لم يضمن وهو منتف هنا وهو أحد المآخذ للاصحاب فى أصل المسألة وعد القاضى فى هذا الضرب القرض وأرش الجنايات وقيم المتلفات ، ووافقه ابن عقيل على قيم المتلفات وفيه نظر فان القرض لا يملك بدون القبض على ما جزم به فى المجرد وقيم المتلفات ينفسخ الصلح عنها بتلف العوض المضمون وكذلك أروش جنايات الخطأ بخلاف العمد أو نحوه ليس بعقد ليدخله الفسخ ثم أنه مضمون فى الذمة كالدين وذلك لا يتعين فى الخارج الا بالقبض على المذهب وألحق صاحب التلخيص بهذا أيضاً الملك العائد بالفسخ قبل القبض والاسترداد لأنه لا يخشى انتقاض سببه ، و هذا متجه على الوجه الأول الذى اختاره . فاما الوجه الثانى ، فان كان العقد المنفسخ عن غير معاوضة صارت العين أمانة كالوديعة فيجوز التصرف فيها قبل القبض ، وان كان عقد معاوضة فهو مضمون على الأشهر فيتوجه أن لا يمنع كالعوارى والغصوب ، ولو حجر الحاكم على المفلس ثم عين لكل غريم عيناً من المال بحقه ملكه بمجرد التعيين ذكره القاضى فى الزكاة من المجرد فعلى هذا يتوجه أن يجوز له التصرف فيه قبل القبض .

تنبيه : ما اشترط القبض لصحة عقد لا يصح التصرف فيه قبل القبض لعدم ثبوت الملك ، وقد

صرح به فى المحرر فى الصرف ورأس مال السلم ، فأما إن قيل بالملك بالعقد فقد حكى فى التلخيص فى الصرف المتعين وجهين لأن انتفاء القبض ههنا مؤثر فى إبطال العقد ، فلا يصح ورود عقد آخر عليه قبل انبرامه ، والمنصوص عن أحمد فى رواية ابن منصور المنع فى الصرف والسلم والعقود القهرية كالأخذ بالشفعة يصح فيها قبل القبض ذكره أيضاً فى التلخيص .

النوع الثانى عقود يثبت بها الملك من غير عوض كالوصية والهبة والصدقة ، فأما الوصية فيجوز التصرف فيها بعد ثبوت الملك وقبل القبض باتفاق من الأصحاب فيما نعلمه ، وسواء كان الموصى به معيناً أو مبهما ، وسواء قلنا له رد المبهم قبل القبض أولا ، ولأن أكثر مافى جواز رده أنه غير لازم من جهته ، وهذا لايمنع صحة التصرف لأنها لازمة من جهة الميت بموته فهو كالبيع المشترط فيه الخيار للمشترى وحده ، وأما الهبة التى تملك بالعقد بمجرده فيجوز التصرف فيها قبل القبض أيضا ، وقد نص أحمد عليه كما سنذكره لأن حق الواهب ينقطع عنها بمجرد انتقال ملكه وليست فى ضمانه فلا محذور فى التصرف فيها بوجه ، وأما الصدقة الواجبة والتطوع فالمذهب المنصوص أنها لا تملك بدون القبض كما سبق فلا كلام على هذا ، وعلى التخريج المذكور يملكها بدون القبض فينبغى أن يكون كالهبة ، وقد نص أحمد فى رواية أبى الحارث وابن بختان فى رجل عليه دين ويريد رجل يقضيه عنه من زكاته قال يدفعه اليه ، فقيل له هو محتاج ويخاف ان يدفعه اليه يأكله قال يقول له حتى يوكله فيقضيه عنه وهذا ظاهر فى أنه ملك الزكاة بالتعيين والقبول وجاز تصرفه فيها بالوكالة قبل القبض ، وكذلك نقل حنبل فى مسائله أن أحمد ذكر له قول أبى سلمة لا بأس اذا كان للرجل طعام أمر له به سلطان أو وهب له أن يبيعه قبل أن يقبضه والعبد مثل ذلك والدابة يبيعها قبل أن يقبضها قال أحمد لا بأس بذلك مالم يكن للتجارة ، وقوله اذا لم يكن للتجارة لأن المنع من البيع انما كان لدخوله فى ربح مالم يضمن وما ملكه بغير عوض فلا يتصور فيه ربح ، فاما لو نوى بتملكه التجارة فظاهر كلامه المنع لأنه جعله من الاموال المعـــدة للربح فامتنع بيعه قبل القبض

هذا الكلام فى العقود فاما الملك بغير عقد كالميراث والغنيمة والاستحقاق من أموال الوقف أو الفىء للمتناولين منه كالمرتزقة فى ديوان الجند واهل الوقف المستحقين له فاذا ثبت لهم الملك وتعين مقداره جازلهم التصرف فيه قبل القبض بغير خلاف ايضا لأن حقهم مستقر فيه ولا علاقة لاحـــد معهم ويد من هو فى يده بمنزلة يد المودع ونحوه الامناء وأما قبل ثبوت الملك فله حالتان :

احداهما أن لا يوجد سببه فلا يجوز التصرف فيه بغير إشكال كتصرف الوارث قبل موت

مورثه والغانم قبل انقضاء الحرب ومن لارسم له فى ديوان العطاء فى الرزق

والثانية: بعد وجود السبب وقبل الاستقرار كتصرف الغانم قبل القسمة على قولنا انهم يملكون [الغنيمة] بالحيازة، وهو المذهب الصحيح والمرتزقة قبل حلول العطاء ونحوه فقال ابن أبى موسى لا يجوز بيع العطاء قبل قبضه ولا بيع الصك بعين ولا ورق قولا واحداً، وان باعه بعروض جاز فى احدى الروايتين اذا قبض العروض قبل أن يتفرقا ومنع منه فى الاخرى ولا يجوز بيع المغانم قبل أن تقسم ولا الصدقات قبل أن تقبض [انتهى] فهذه أربع مسائل

احداها: بيع العطاء قبل قبضه وهو رزق بيت المال وقد نص أحمد على كراهته فى رواية أبى طالب وابن منصور وبكر بن محمد، وقال هو شيء مغيب لا يدرى أيصل اليه أم لا أو ما هو وقال مرة لا يدرى يخرج أو لا وقال فى رواية أبى طالب فى بيع الزيادة فى العطاء قال ابن عباس ما يدريه ما يخرج ومتى يخرج لا يشتريه وكرهه وربما سمى هذا أيضا بيع الصكاك ونقل حرب عن أحمد فى بيع الزيادة فى العطاء لا بأس به بعرض قلت وما تفسيره قال هو الرجل يزاد فى عطائه عشرة دنانير فيشتريها بعرض قال وسألته عن بيع الصك بعرض قال لا بأس به وروى حرب باسناد صحيح عن ابن عباس انه كان يكره بيع الزيادة فى العطاء الا بعرض وهذه رواية ثانية بالجواز قال القاضى وابن عقيل هذه الرواية فيما اذا بلغ (١) بعد حلول العطاء لأنه وقت الاستحقاق فهو حينئذ دين ثابت فيجوز بيعه لكن على طريقتهما لا يجوز بيعه من غير (٢) الغريم فرجعا وتأولا الرواية على أنه اشترى ذلك العرض بثمن مؤجل الى وقت قبض العطاء وكان وقتهما عندهما معلوما أو أنه احال بثمن العرض على حقه من العطاء، ولا يخفى فساد هذا التأويل لمن تأمل كلام أحمد . وقد يكون مراد ابن أبى موسى ببيع العطاء قبل قبضه قبل استحقاق قبضه فأما اذا استحق فهو داخل فى بيع الصكاك

المسألة الثانية: بيع الصكاك قبل قبضها وهى الديون الثابتة على الناس وتسمى صكاكا لأنها تكتب فى صكاك وهى ما يكتب فيه من الرق ونحوه فيباع ما فى الصك فان كان الدين نقداً وبيع بنقد لم يجز بلا خلاف لانه صرف بنسيئة وان بيع بعرض وقبضه فى المجلس ففيه روايتان

احداهما: لا يجوز قال احمد فى رواية ابن منصور فى بيع الصك هو غرر، ونقل أبو طالب عنه انه كرهه وقال: الصك لا يدرى ايخرج أو لا، وهذا يدل على أن مراده الصك من عطاء الديوان

والثانية. الجواز نص عليهما فى رواية حرب وحنبل ومحمد بن الحكم وفرق بينه وبين العطاء

---

(١) بيع : فى ٧١١ (٢) في نسختي الدار : على الغريم

وقال الصك انما يحتال على رجل وهو يقر بدين عليه والعطاء انما هو شيء مغيب لايدرى أيصل اليه أم لا وكذلك نقل حنبل عنه فى الرجل يشترى الصك على الرجل بالدين قال لابأس به بالعرض اذا خرج ولا يبيعه حتى يقبضه يعنى مشتريه " وهذا يدل على أنه لم يجعله من ضمان مشتريه بمجرد القبض ولا أباح له التصرف فيه لانه بمنزلة المنافع والثمر فى شجره ، حاصل هذا يرجع الى جواز بيع الدين من غير الغريم وقد نص على جوازه كما ترى

المسالة الثالثة : بيع المغانم قبل أن تقسم ونص أحمد على كراهته فى رواية حرب وغيره وعلله فى رواية صالح وابن منصور بأنه لايدرى مايصيبه بمعنى أنه مجهول القدر والعين وان كان ملكه ثابتا عليه لكن الامام له أن يخص كل واحد بعين من الاعيان بخلاف قسمة الميراث وصح عن أبى الزبير قال جابر أكره بيع الخمس من قبل أن يقسم وروى محمد بن ابراهيم الباهلى عن محمد بن زيد - يعنى - العبدى عن شهر بن حوشب عن أبى سعيد الخدرى قال قال رسول الله ﷺ لا تشتروا الصدقات حتى تقبض والمغانم حتى تقسم أخرجه الامام احمد وابن ماجه [واسحاق بن راهويه والبزار فى مسنديهما] ومحمد بن زيد صالح لا بأس به والباهلى بصرى مجهول وشهر حاله مشهور وفى سنن أبى داود من حديث رويفع ابن ثابت أن النبى ﷺ قال لايحل لامرىء يؤمن بالله واليوم الاخر ان يبيع مغنما حتى يقسم وفى الحديث طول اخرج الترمذى بعضه وحسنه . وخرج النسائى من حديث ابن عباس ان النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع المغانم حتى تقسم وخرجه أحمد وأبو داود من حديث أبى هريرة رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم وروى ابن اسحاق عن عبد الله ابن ابى نجيح عن مكحول ان النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع المغانم حتى تقسم مرسل وهذا فى حق آحاد الجيش منهى عنه سواء باعه قبل القبض أو بعده لأنه قبل القبض مجهول وبعده تعدوغلول فانه لا يستبد بالقسمة دون الامام وأما الامام فاذا رأى المصلحة فى بيع شيء من الغنيمة وقسم ثمنه فله ذلك

المسألة الرابعة : بيع الصدقات قبل أن تقبض ومأخذه أن الصدقة لاتملك بدون القبض وفى مصنف عبد الرزاق عن [ابن] جريج عن موسى بن عقبة عن غير واحد أن النبى ﷺ نهى أن تباع الصدقة حتى تعتقل وتوسم وعن يحيى بن العلاء البجلى عن خثعم بن عبد الله عن محمد بن زيد عن شهر بن حوشب قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الصدقات حتى تقبض وهذا المرسل أشبه من المسند السابق ، فاما على القول بملكها بمجرد القبول اذا تعينت من غير

قبض فقد مرنص أحمد بجواز التوكيل فيها ، وهو نوع تصرف فقياسه سائر الصدقات (١) ، وتكون حينئذ كالهبة المملوكة بالعقد . وأما اذا عينها المالك من ماله وأفردها فلا يصير بذلك صدقة ولا يخرج عن ملكه بدون قبض المستحق أو قبوله وقد نص أحمد على أنها اذا تلفت بعد تعينها لم تبرأ ذمته من الزكاة وأما ان كانت صدقة تطوع فاستحب امضاءها وكره الرجوع فيها ، ونقل عنه مايدل على خروجها عن ملكه بمجرد التعيين . نقل عبد الله عنه أنه قال كل شيء جعله الرجل لله يمضيه ولا يرجع فى ماله ، وذلك أنه قد خرج من ملكه فليس هو له من صدقة أو معروف أو صلة رحم وإن كان قليلا أمضاه ونقل عنه جيش ابن سندى فى رجل دفع الى رجل دراهم فقال له تصدق بهذه الدراهم ثم ان الدافع جاء فقال ردالى الدراهم مايصنع المدفوع يردها عليه قال لا يردها عليه يمضيها فيما أمره به ، ونقل جعفر بن محمد معناه وحمل القاضى ذلك على الاستحباب ، قال ابن عقيل لا أعلم للاستحباب وجها وهو كما قال وانما يتخرج على أن الصدقة تتعين بالتعيين كما يقول فى الهدى والأضحية أنه يتعين بالقول بلا خلاف، وفى تعيينه بالنية وجهان فاذا قال هذه صدقة تعينت وصارت فى حكم المنذورة وصرح به الاصحاب لكن هل ذلك انشاء للنذر أو إقرار ؟ فيه خلاف بين الأصحاب ، واذا عين بنيته ان يجعلها صدقة وعزلها عن ماله فهو كما اشترى شاة ينوى التضحية بها ، ولا يلزم من ذلك سقوط الزكاة عنه بتلفها قبل قبض المستحق أو الامام لأنا إن قلنا الزكاة فى الذمة فهو كما لو عين عن الهدى واجب فى الذمة هديا فعطب فانه يلزمه إبداله وإن قلنا فى العين فلا يبرأ منها لفوات قبض المستحق أو من يقوم مقامه وإيصاله أيضا واجب عليه فلا يبرأ بدونه ، ولا يكتفى فيه بالتمييز ولو حصل التمكين من القبض من فعل الدفع واجب عليه فكيف اذا [لم] يحصل التمكين والله أعلم

(القاعدة الثالثة والخمسون)

من تصرف فى عين تعلق بها حق لله تعالى أو لآدمى معين إن كان الحق مستقرا فيها بمطالبة من له الحق بحقه أو بأخذه بحقه لم ينفذ التصرف ولم يوجد سوى تعلق الحق لاستيفائه منها صح التصرف على ظاهر المذهب ، وقياس قول أبى بكر لا يصح حيث قال : لايصح وقف الشفيع ولا رهن الجانى ، وكلامه فى الشافى يدل على أن التصرف فيما وجبت فيه الزكاة لا يصح فى قدرها، وكذلك اختار أبو الخطاب فى الانتصار أنه لا يصح التصرف فى الجانى بالبيع لتعلق الحق بعينه

(١) التصرفات ٧١١

فان فداه السيد كان افتـكاكا وسقط الحق المتعلق به كما لو وفى دين الرهن والمذهب الأول ،وهو الفرق بين أن يثبت استحقاق يتعلق بالعين وبين أن يترتب على الثبوت مقتضاه بالأخذ بالحق أو بالمطالبة به فالأول ملك أن يتملك والثانى يملك أو طالب بحقه الذى لايمكن دفعه عنه ،وهو شبيه بالفرق بين المفلس قبل الحجر عليه وبعده ، فالفلس مقتض للحجر والمنع من التصرف ،ولا يثبت ذلك إلا بالمطالبة والحكم ويتخرج على هذه القاعدة مسائل كثيرة :

منها التصرف فى المرهون ببيع أو غيره مما لا سراية له لا يصح لأن المرتهن أخذ بحقه فى الرهن من التوثيق والحبس وقبضه وحكم له به فهو بالنسبة إلى الرهن كغرماء المفلس المحجور عليه ، فأما العتق فانما نفذ لقوته وسرايته كما نفذ حج المرأة والعبد بدون إذن السيد والزوج حتى أنهما لايملـكان تحليلهما على إحدى الروايتين كقوة الاحرام ولزومه ، ولهذا ينعقد مع فساده ويلزم إتمامه .

ومنها الشفيع إذا طالب بالشفعة لا يصح تصرف المشترى بعد طلبه لأن حقه تقرر وثبت ، وقبل المطالبة إنما كان له أن يتملك والمطالبة إما تملك على رأى القاضى وإما مؤذنة بالتملك ومانعة للمشترى من التصرف ، إذ تصرف المشترى إنما كان نافذاً لترك الشفيع الاحتجار عليه والأخذ بحقه وقد زال فان نهى الشفيع المشـترى عن التصرف ولم يطالب بها لم يصر المشترى ممنوعاً ، بل تسقط الشفعة على قولنا هى على الفور ذكره القاضى فى خلافه

ومنها إذا حل الدين على الغريم وأراد السفر فان منعه غريمه من ذلك لم يجز له السفر ، وإن فعله كان عاصياً به لأنه حبسه وله ولاية حبسه لاستيفاء حقه كالمرتهن فى الرهن وإن لم يمنعه فهل له الاقدام على السـفر ذكر ابن عقيل فيه وجهين :

أحدهما : يجـوز لأن الحبس عقوبة لا يتوجه بدون الطلب والالتزام ، والثـانى : لا لأنه يمنع بسفره حقاً واجباً عليه لثبوت الحبس فى حقه بل لما يلزم فى سفره من تأخير الحق الواجب عليه

ومنها المفلس إذا طلب البايع منه سلعته التى يرجع بها قبل الحجر لم ينفـذ تصرفه نص عليـه قال اسماعيل بن سعيد سألت أحمد عن المفلس هل يجوز فعله فيما اشترى قبل أن يطالب البايع منه بما بايع المشترى عليـه فقال إن أحدث فيه المشـترى عتقا أو بيعا أو هبة فهو جائز مالم يطالب البائع . وذلك أن الحديث قال هو أحق به فلا يكون أحق به إلا بالطلب فلعله أن لايطالبه قلت: أرأيت إن طلبه منه فلم يدفعه إليه ؟ قال فلا يجوز بيعه ولا هبته ولا صدقته بعد الطلب ونقل عنه اسماعيل أيضاً كلاماً يدل على أن مطالبة البائع تثبت إما بتفليس الحاكم أو باشتهار فلسه بين الناس،

وكذلك نقل عنه محمد بن موسى الزبدانى(١) أن اشتهار فلسه بظهور أماراته يمنع نفوذ تصرفاته مطلقا

ومنها لو وجد مضطراً وعنده طعام فاضل فبادر فباعه أو رهنه هل يصح قال أبو الخطاب فى الانتصار فى الرهن يصح ، ويستحق أخذه من يد المرتهن والبائع مثله ، ولم يفرق بين ما قبل الطلب وبعده ، والأظهر أنه لا يصح البيع بعد الطلب لوجوب الدفع بل ولو قيل لا يصح بيعه مطلقا مع علمه باضطراره لم يبعد لأن بذله له واجب بالثمن فهو كما لو طالب الشفيع بالشفعة وأولى ، لأن هذا يجب بذله ابتداء لاحياء النفس ، وقد يفرق بأن الشفيع حقه متعين فى عين الشقص ، وهذا حقه فى سد الرمق ، ولهذا كان إطعامه فرضاً على الكفاية فاذا نقله إلى غيره تعلق الحق بذلك الغير ووجب البدل عليه وأما ما تعلق به حق مجرد فيندرج تحته مسائل متعددة

منها بيع النصاب بعد الحول فانه يصح نص عليه لأن الوجوب إن كان متعلقا بالذمة وحدها فلا إشكال وإن كان فى العين وحدها فليس بمعنى للشركة ولا بمعنى انحصار الحق فيها ، ولا تجوز المطالبة بالاخراج منها عينا مع وجود غيرها ، فلا يتوجه انحصار الاستحقاق فيها بحال

ومنها بيع الجانى يصح فى المنصوص وهو قول أكثر الأصحاب ، وسواء طالب المجنى عليه بحقه أم لا لأن حقه ليس فى ملك العبد ، ولو كان كذلك لملكه ابتداء وإنما وجب له أرش جنايته ولم نجد محلا يتعلق به الوجوب سوى رقبة العبد الجانى فانحصر الحق فيها بمعنى الاستيفاء منها فان رضى المالك ببذله جاز وإلا فانما له أقل الأمرين من قيمة الجانى أو أرش جنايته فانهما (٢) بدل لزم قبوله والمطالبة منه إنما تتوجه بحقه وحقه هو أرش الجناية لا ملك رقبة العبد على الصحيح فلا يتوجه المنع من التصرف فيه لأن تسليمه اليه لم يتعين

ومنها من ملك عبداً من الغنيمة ثم ظهر سيده وقلنا حقه ثابت فيه بالقيمة فباعه المغتنم قبل أخذ سيده صح ويملك السيد انتزاعه من الثانى ، وكذلك لو رهنه صح ويملك السيد انتزاعه من المرتهن ذكره أبو الخطاب فى الانتصار ولم يفرق بين أن يطالب بأخذه أولا والأظهر أن المطالبة تمنع(٣) التصرف كالشفعة

ومنها تصرف الورثة فى التركة المعلق بها حق الغرماء وفى صحته وجهان أصحهما الصحة وعلى المنع ينفذ بالعتق كالرهن ، واختار ابن عقيل فى نظرياته أنه لا ينفذ إلا مع يسارهم لأن تصرفهم تبع لتصرف الموروث فى مرضه ، وهذا متوجه على قولنا إن حق الغرماء تعلق بالتركة فى المرض

ومنها تصرف الزوجة فى نصف الصداق بعد الطلاق إذا قلنا لم يدخل فى ملك الزوج قهراً ، قال

---

(١) الديدانى : ٧١١ (٢) فانهما : ٧١١ (٣) تقطع

صاحب الترغيب : يحتمل وجهين لتردده بين خيار البيع وبين خيار الواهب

ومنها تصرف من وهبه المريض ماله كله فى مرضه قبل موته فيجوز وينفذ حتى لو كان أمة كان له وطؤها ، ذكره القاضى وحده [فى خلافه] واستبعده الشيخ تقى الدين لأنه يتوقف على إجازة الورثة فكيف يجوز قبلها ،وقد يقال هو فى الظاهر ملكه بالقبض وموت الواهب، وانتقال الحق إلى الورثة مظنون فلا يمنع التصرف ، وأما تصرف المشترى فى مدة الخيار له وللبائع فالمنصوص عن أحمد أنه موقوف على إمضاء البيع ، وكذلك ذكره أبو بكر فى التنبيه ، وهو ظاهر كلام القاضى فى خلافه لأنه تصرف فى خالص ملكه ، ولم يتعلق به سوى حق البائع فى الفسخ وقد زال ، فأشبه تصرف الابن فيما وهبه له الأب غير أن تصرف الابن لا يقف على إمضاء الأب، لأن حق الأب فى الفسخ يسقط بانتقال الملك،ولأن تسلط الأب على الرجوع لم يكن لبقاء أثر ملكه ، بل هو حق ثابت بالشرع مع ثبوت ملك الولد واستقراره فلا يمنع التصرف ، وطرد هذا فى كل من تصرف فى ملكه وقد تعلق به حق غيره لا يبطل من أصله كتصرف المريض فيما زاد على ثلث ماله فانه يقف على إمضاء الورثة ، وعتق المكاتب لرقيقه يقف على تمام ملكه ، ذكره أبو بكر فى الخلاف ، وكذا ذكره أبو الخطاب فى الانتصار فى مسألة إجازة الورثة أن تصرف الراهن يصح ويقف على إجازة المرتهن ، وذكر الشيخ مجد الدين أن هذا قول من يقول بوقف تصرف الفضولى وذكر أبو الخطاب أيضاً أن تصرف المشترى فى الشقص المشفوع يقف على إجازة الشفيع .

﴿ القاعدة الرابعة والخمسون ﴾

من ثبت له حق فى عين وسقط بتصرف غيره فيها ، فهل يجوز للمتصرف فيها الاقدام على التصرف المسقط لحق غيره قبل استئذانه أم لا ؟ هذا على ثلاثة أقسام : أحدها أن يكون الحق الذى يسقط بالتصرف قد أخذ به صاحبه وتملكه ،والثانى أن يكون قد طالب به صريحاً أو إيماء والثالث أن يثبت له الحق شرعاً ولم يأخذ به ولم يطالب به

فاما الأول : فلا يجوز اسقاط حقه واوضمنه بالبدل كعتق العبد المرهون إذا قلنا بنفوذه على المذهب المشهور(١) ،فانه لا يجوز،ذكره غير واحد من الأصحاب منهم القاضى وابن عقيل وصاحب

(١) فى ٧١١ المشهور من المذهب

الـكافى مع أن عتقه يوجب ضمان قيمته يكون رهناً لأن فيه إسقاطاً لحقه القائم فى العين بغير رضاه، وكذلك إخراج الرهن بالاستيلاد محرم ولأجله منعنا أصل الوطء ،وكذلك ينبغى أن يكون عتق المفلس المحجور عليه إذا نفذناه لأن غرماءه قد قطعوا تصرفه فيه بالحجر وتملكوا المال وقد ذكره ابن عقيل أيضا فى تهذيره قبل الحجر ،وذكر القاضى فى خلافه أن ظاهر كلام أحمد جواز عتق الراهن كاقتصاصه من أحد عبيده المرهونين اذا قتله الآخر ولم يذكر لذلك نصاً ، ولعله أخذه من قوله بنفوذ العتق ولا بدل ، وأما اقتصاص الراهن من العبد المرهون أو من قاتله ، وقد صرح القاضى وابن عقيل بأنه لا يجوز لأن فيه تفويتاً لحق المرتهن من غير الراهن أو قيمته الواجبة له وواجبا على الراهن قيمته تكون رهنا ، وصرحا أيضا [ههنا] بان العتق ههنا لايجوز وانما ذكرا جوازه فى مسألة العتق وظاهر كلام أحمد جواز القصاص فيكون الفرق بين القصاص والعتق أن وجوب القصاص تعلق بالعبد تعلقاً يقدم به على حق المرتهن بدليل أن حق الجانى مقدم على المرتهن لانحصار حقه فيه بخلاف المرتهن وهذا مفقود فى العتق .

وأما الثانى فلا يجوز أيضا ، ومنه خيار البائع المشترط فى العقد لايجوز للمشترى اسقاطه بالتصرف فى المبيع وإن قلنا ان الملك له فان اشتراطه الخيار فى العقد تعريض بالمطالبة بالفسخ

وأما الثالث ففيه خلاف ، والصحيح أنه لايجوز أيضا،ولهذا لا يجوز اسقاط خياره الثابت فى المجلس [بالعتق ولا غيره] كما لو اشترطه ويندرج فى صور الخلاف مسائل :

منها مفارقة أحد المتبايعين الآخر فى المجلس بغير اذنه خشية أن يفسخ الآخر وفيه روايتان احداهما يجوز لفعل ابن عمر والثانية لايجوز لحديث عمر[و] بن شعيب عن ابيه عن جده أن النبى صلى الله عليه وسلم لا يحل [له] أن يفارقه خشية ان يستقيله وهو صريح فى التحريم وهو اختيار أبى بكر وصاحب المغنى

ومنها تصرف المشترى فى الشقص المشفوع بالوقف قبل الطلب ينبغى أن يخرج على الخلاف فى التى قبلها ، وصرح القاضى بجوازه ، وظاهر كلامه فى مسألة التحيل على اسقاط الشفعة تحريمه وهو الاظهر،ويدل عليه أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الشريك حتى يعرض على شريكه ليأخذ أو يذر،مع أن حقه من الاخذ لايسقط بذلك فأولى أن ينهى عما يسقط حقه بالكلية

ومنها وطء العبد زوجته الأمة اذا عتقت ولم تعلم بالعتق ليسقط اختيارها للفسخ،الاظهر تخريجه على الخلاف ، وقال الشيخ مجد الدين فى تعليقه على الهداية قياس مذهبنا جوازه وفيما قاله نظر

ومنها تصرف الزوجة فى نصف الصداق اذا طلق الزوج قبل الدخول وقلنا لم يملكه [مهراً] فانه لايجوز صرح به فى المحرر، فأما تصرف احد المتبايعين فيما بيده من العوض اذا استحق الآخر رد ما بيده بعيب أو خلف فى صفة فيجوز ذكره القاضى فى خلافه لأن تصرفه لايمنع حق الآخر من رد ما بيده فاذا رده استحق الرجوع بالعوض الذى بدله ان كان باقيا والارجع ببدله وقياس هذا ان للبائع التصرف فى الثمن فى مدة الخيار، وظاهر كلام احمد فى رواية الأثرمى ان للبائع التصرف فيه الثمن فى مدة الخيار الا أن يتخذ حيلة على أن يقرض غيره مالا و يأخذ منه ماينتفع به صورة البيع ويشترط الخيار ليرجع فيه، وان كان على غير وجه الحيلة فيجوز ولم يمنعه من التصرف فى الثمن

﴿القاعـــدة الخامسة والخمسون﴾

من ثبت له حق التملك بفسخ أو عقد هل يكون تصرفه فسخاً(١) أم لا وهل ينفذ تصرفه أم لا المذهب المشهور أنه لايكون تملكا، ولا ينفذ وفى بعض صورها خلاف، ومن صور المسألة البائع بشرط الخيار اذا تصرف فى المبيع لم يكن تصرفه فسخا ولم ينفذ نص عليه وقال فى رواية ابن القاسم لايجوز عتق البائع لأنه غير مالك له فى ذلك الوقت انما له فيه خيار فاذا اختاره ثم أعتقه جاز فأما دون أن يرد البيع فلا، واختلف الأصحاب فى المسألة على طرق :

أحدها : لايكون فسخاً رواية واحدة وإنما ينفسخ بالقول وهى طريقة أبى بكر والقاضى فى خلافه وصاحب المحرر وهى أصح وقد نص أحمد على أن بيعه ليس بفسخ فى رواية اسماعيل بن سعيد ونص على أنه إذا وطىء فعليه الحد فى رواية مهنا

والطريقة الثانية أن المسألة على روايتين وهى طريقة القاضى فى كتاب الروايتين وأبى الخطاب وابن عقيل وصاحب المغنى ورجح أنه فسخ لأن ملك المشترى فى مدة الخيار غير مستقر فينفسخ بمجرد تصرف البائع بخلاف بائع المفلس فان ملك المفلس تام

والطريقة الثالثة أن تصرفه فسخ بغير خلاف كما أن تصرف المشترى إمضاء وإبطال للخيار فى المنصوص، وهى طريقة القاضى فى المجرد والحلوانى فى الكفاية وهى مخالفة المنصوص، ولا يصح اعتبار فسخ البائع بامضاء المشترى لأن ملك المشترى قائم وملك البائع مفقود

والطريقة الرابعة أن تصرفه بالوطء فسخ بلا خلاف لأنه اختيار بدليل وطء من أسلم على

(١) فى ٧١٢ تملكا

أكثر من اربع نسوة وبغيره وفيه الخلاف وهى طريقة صاحب الكافى وممن صرح بأن الوطء اختيار القاضى فى المجرد وحكاه فى الخلاف عن أبى بكر فى التنبيه ولم أجده فيه ولا يصح الحاق وطء البائع بوطء من أسلم على أكثر من أربع نسوة لأن ملكه قائم فلذلك كان الوطء اختيارا فى حقه فهو كوطء المشترى ههنا والبائع بخلافه وقد نص أحمد على أن عليه الحد فى رواية مهنا

وأما نفوذ التصرف فهو ممنوع على الأقوال كلها ، صرح به الأكثرون من الأصحاب لأنه لم يتقدمه ملك اللهم إلا أن يتقدمه سبب يوجب الانفساخ كالسوم ونحوه ، وذكر الحلوانى فى التبصرة أنه ينفذ ويتخرج من قاعدة لنا سنذكرها ان شاء الله تعالى وهى أنه هل تكفى مقارنة شروط العقد للعقد فى صحته

ومنها اذا باع أمة بعبد ثم وجد بالعبد عيبا فله الفسخ واسترجاع الأمة ، وكذلك سائر السلع المعيبة اذا علم بها بعد العقد وليس له التصرف فى عوضه الذى أداه لأن ملك الآخر عليه تام مستقر فلو أقدم وأعتق الأمة أو وطئها لم يكن ذلك فسخاً ولم ينفذ عتقه ذكره القاضى فى خلافه وذكر فى المجرد وابن عقيل فى الفصول احتمالا آخر أن وطئه يكون استرجاعا كما فى وطء المطلقة الرجعية . ومن أسلم على أكثر من أربع نسوة وهذا واه جدا فان الملك عن الرجعية ومن أسلم عليهن لم يزل وهذا (١) قد زال

ومنها لو باع أمة ثم [أ]فلس المشترى قبل نقد الثمن والأمة موجودة بعينها فله استرجاعها بالقول بدون اذن الحاكم على أصح الوجهين حكاهما القاضى بناء على نقض حكم الحاكم بخلافه فيكون كالفسخ المجمع عليه فلا يحتاج الى حاكم ، ولو أقدم على التصرف فيها ابتداء لم ينفذ ولم يكن استرجاعا ، وكذلك الوطء ذكره القاضى فى الخلاف لتمام ملك المفلس وفى المجرد والفصول أن الوطء استرجاع وأن فيه احتمالا آخر بعدمه ، ويمكن تخريج هذا الخلاف فى سائر التصرفات على طريقة من أثبت الخلاف فى تصرف البائع فى مدة الخيار لأن ملك المفلس غير تام بدليل منعه من التصرف فى ماله لحق البائع فهو كالمشترى فى مدة الخيار غير أن ضعف الملك ههنا طارىء وفى مدة الخيار مبتدىء ولا أثر لذلك .

ومنها تصرف الشفيع فى الشقص المشفوع قبل التملك هل يكون تملكا ويقوم ذلك مقام قوله أو تملكه أو مقام المطالبة عند من أثبت بها الملك أو مقام الأخذ باليد عند من أثبت الملك

---

(١) وههنا : فى ٧١٢

[به يمكن] على تخريجه على الخلاف فى المسألة قبلها ، ولا سيما بعد المطالبة لأن حقه استقر وثبت وانقطع تصرف المشترى .

ومنها لو وهب الأب لولده شيئاً وقبضه الولد ثم تصرف الأب فيه بعد القبض هل يكون تصرفه رجوعا ، المنصوص أن لا قال أحمد فى رواية أبى طالب إذا وهب لابنه جارية وقبضها الابن لم يجز للاب عتقها حتى يرجع فيها ، وقال فى رواية ابن هانئ هذه الجارية للابن وأعتق الأب ماليس له ، وخرج أبو حفص البرمكى فى كتاب حكم الوالدين فى مال ولدهما رواية أخرى أن العتق صحيح ويكون رجوعا وسيأتى تخريج هذا الأصل ان شاء الله تعالى، وفى التلخيص لا يكون وطؤه رجوعا وهل يكون بيعه وعتقه ونحوهما رجوعا على وجهين ولا ينفذ عليهما لأنه لم يلاق الملك ويتخرج وجه بنفوذه لاقتران الملك به كما سبق

ومنها لو تصرف الوالد فى مال ولده الذى يباح له تملكه قبل التملك لم ينفذ [انتهى] ولم يكن تملكا على المعروف من المذهب وأن تملكه لا يحصل بدون القبض الذى يراد التملك به وقد نص عليه أحمد فى مواضع لأنه مباح فلم يتملك بدون قبضه كالاصطياد والاحتشاش ولم يخرجوا فى تملكه بالقبول خلافا من الهبة ونحوها لأن الهبة عقد بين اثنين فيكتفى فيه بالقبول كعقود المعاوضة وههنا اكتسابه مال مباح من غير عقد فلا يكتفى فيه بدون القبض والحيازة ومالم يحز(١) فهو باق على ما كان عليه وخرج أبو حفص البرمكى رواية أخرى بصحة تصرفه بالعتق قبل القبض وأخذ ذلك مما رواه المروذى عنه أنه قال لو أن لابنه جارية فعتقها كان جائزاً وفى رواية محمد بن الحكم يعتق الأب من مال الابن هو ملك الابن حتى يعتق الأب أو يؤخذ وفى رواية الميمونى أرى أن ماله يؤخذ منه ويعتق منه الا أم ولد ابنه وفى توجيه هذه الرواية طريقان :

أحدهما : أن رقيق الابن له فيه شبه ملك ولذلك نفذ استيلاؤه فينفذ عتقه كعتق أمه من المغنم لكن لا يضمن لأن الأب لا يطالب بما أتلفه من مال ولده

والثانى : أن يقال وقع الملك مقارناً للعتق فنفذ وهذا القدر من الملك يكتفى به فى العتق كما لو قال لغيره اعتق عبدك عنى وعلى ثمنه ففعل صح ووقع العتق والملك معا، ونقل أبو طالب عن أحمد أنه قال بيع الأب وشراؤه على ابنه جائز لقول النبى صلى الله عليه وسلم أنت ومالك لأبيك وظاهر هذه الرواية جواز الاقدام على التصرف فى ماله ونفوذه وحصول التصرف(٢) به وفى التنبيه لأبى بكر بيع الأب على ابنه وعتقه وصدقته ووطء إمائه مالم يكن الابن قد وطىء جائز ويجوز له بيع عبيده وإمائه وعتقهم ، ولهذا القول مأخذان أيضا :

(١) كذا بالأصول جميعها ولعلها يحز (٢) فى ٧١٢ : التملك

أحدهما: أن الملك يقترن بالتصرف فينفذ كما فى نظيره (١)

والثانى :أن هذا تملك قهرى فى مال معين فيكتفى فيه بالقول الدال على التملك كما ملك الهبة المعينة بمجرد القبول على رواية ، ولهذا حكى طائفة من الأصحاب فى بيع المباحات النابتة والجارية فى الأرض المملوكة [قبل حيازتها] روايتين ولم يذكروا خلافا فى أنها عين(٢) مملوكة وممن سلك هذا المسلك صاحب المقنع فى كتاب البيع وصاحب المحرر ووجه صحة البيع على هذا أنه مقدور على تسليمه وليس مملوكا لغيره فهو كالمملوك ، وهو قريب من بيع الصكاك قبل استحقاقها ، وقد تقدم الخلاف فيها، واما تصرف الأب فى أمة ولده بالوطء قبل القبض فان احبلها صارت ام ولد له وان لم يحبلها فان قلنا لا يملك الأب مال ولده الا بالقبض لم يملكها حتى يقبضها ، وان قلنا يملك بمجرد التصرف صارت ملكا له بالوطء بمجرده ، ونقلت من خط القاضى وذكر أنه نقله من خط ابن شاقلا قال الشيخ يعنى أبا بكر عبد العزيز، روى الاثرم أن المرأة اذا وطئها زوجها وانقضت العدة ثم تزوجت فان أتت بولد لستة أشهر فتداعياه جميعا أرى القافة ، وقال اذا وطء الرجل جارية ابنه وإن كان الابن قد وطىء فلا حد على الأب لأنها بنفس الوطء ملك له قال الشيخ فى نفسى من مسألة الأثرم شىء انتهى، فان كان قوله اذا وطىء الرجل جارية ابنه الى آخره من تمام رواية الاثرم فيكون ذلك منصوصا عن أحمد والا فهو من كلام أبى بكر، وهو موافق لما ذكره فى التنبيه كما حكيناه عنه ، وقوله وإن كان الابن قد وطىء يريد أن تملكها يثبت مع وطء الابن فأما ثبوت الاستيلاد ففيه خلاف فى المذهب ونقل ابن منصور عن أحمد كلاما يدل بمفهومه على أنها لا تصير مستولدة له وهو ظاهر كلام ابن أبى موسى والمرجح عند صاحب المغنى أنها تصير مستولدة لأن التحريم لا ينافى الاستيلاد وكالأمة المشتركة ولكن بينهما فرق وهو أن هذه محرمة على التأبيد بخلاف المشتركة وقد نص أحمد على أن النسب لا يلحق بوطء الأمة المزوجة وإن كان زوجها صغيرا لا يولد لمثله فى رواية حرب وابن بختان وذكره أبو بكر وابن أبى موسى فلمؤبدة التحريم أولى هذا كله مالم يكن الابن قد استولدها فان كان استولدها لم ينتقل الملك فيها باستيلاد غيره كما لا ينتقل بالعقود، وذكر ابن عقيل فى فنونه انها تصير مستولدة لهما جميعا كما لو وطىء الشريكان أمتهما فى طهر واحد وأتت بولد ألحقته القافة بهما لكن فى مسألة القافة حكم باستيلادهما(٣) [لها] دفعة واحدة وفى مسألتنا قد ثبت استيلاد الابن أولا لها فلا ينتقل الى غيره الا أن يقال أم الولد تملك بالقهر على رواية والاستيلاد سبب قهرى

ومنها تصرف السيد فى مال عبده الذى ملكه اياه وقلنا يملكه، ظاهر كلام أحمد أنه ينفذ ويكون استرجاعا لتضمنه اياه وذكر القاضى فى الجامع الكبير أنه يحتمل حمله على أنه سبق

(١) فى ٧١١ : نظائره (٢) فى أصل غير ولعلها تصحيف والتصحيح عند (٣) فى د: باستيلادها

رجوعه التصرف لينفذ

ومنها تصرف الموصى له بالوصية بعدالموت هل يقوم مقام القبول الأظهر قيامه مقامه لأن سبب الملك قد استقر له استقراراً لايمكن ابطاله وقد كمل بالموت على أحد الوجوه وهو منصوص عن أحمد ومثله الوقف على معين اذا قيل باشتراط قبوله فاما العقود التى تملك له موجبها الرجوع فيها قبل القبول، فهل يقوم التصرف فيها مقام القبول فيه تردد يلتفت الى انعقاد العقود بالمعاطاة فأما الوكالة (١) فيصح قبولها الفعل صرح به الاصحاب لأنها اذن مجرد وأمر بالتصرف فيصح امتثاله بالفعل وهل يساويها فى ذلك سائر العقود الجائزة كالشركة والمضاربة والمساقاة ، ظاهر كلام التلخيص أو صريحه المساواة وحكى القاضى فى الأحكام السلطانية فى صحة قبول القاضى القضاء بشروعه فى النظر احتمالين وجعل مأخذهما هل يجرى الفعل مجرى النطق لدلالته عليه ويحسن بناؤهما على أن ولاية القضاء عقد جائز أو لازم

ومنها المطلقة الرجعية هل تحصل رجعتها الوطء على روايتين مأخذهما عند أبى الخطاب [الخلاف فى وطئها] هل هو مباح أو محرم والصحيح بناؤه على اعتبار الاشهاد للرجعية وعدمه وهو البناء المنصوص عن الامام ولا عبرة بحل الوطء ولا عدمه فلو وطئها فى الحيض أو غيره كانت رجعة، وهل يشترط غيره أن ينوى بالوطء الرجعة أم لا ، نقل ابن منصور عن أحمد اعتباره وهو اختيار ابن ابى موسى والمذهب عند القاضى ومن اتبعه خلاف ذلك، ولكن الرجعية لم يزل النكاح عنها بالكلية وانما حصل له تشعث لكن الرجعة يترتب عليها الاستباحة حقيقة فى المدة الزائدة على العدة

﴿ القاعدة السادسة والخمسون ﴾

شروط العقود من أهلية العاقد أو المعقود له او عليه اذا وجدت مقترنة بها ولم تتقدم عليها هل يكتفى بها فى صحتها ام لا بد من سبقها ، المنصوص عن أحمد الاكتفاء بالمقارنة فى الصحة وفيه وجه آخر لابد من السبق وهو اختيار ابن حامد والقاضى فى الجملة ويتخرج على ذلك مسائل قد ذكرنا عدة منها فى القاعدة السابقة

ومنها اذا أعتق أمته وجعل عتقها صداقها فالمنصوص الصحة اكتفاء باقتران شروط النكاح وهو الحرية به كما دلت عليه السنة الصحيحة واختار ابن حامد والقاضى عدم الصحة فمنهم من [جعل] ماخذه انتفاء لفظ النكاح الصريح وهو ابن حامد ومنهم من [جعل] مأخذه انتفاء تقدم الشرط

ومنها لو باعه شيئاً بشرط أن يرهنه على ثمنه صح نص عليه وقال القاضى وابن حامد لا يصح لانتفاء صحة الملك للرهن ولا تكفى المقارنة

(١) فى نسختنا المعاطاة والتصحيح عن ٧١١

ومنها لو كاتب عبده وباعه شيئاً صفقة واحدة ففيه وجهان :
أحدهما [أنه] يصح وقيل إنه المنصوص وذكره القاضى وابن عقيل فى النكاح وابو الخطاب والأكثرون اكتفاء باقتران البيع وشرطه وهو كون المشترى مكاتباً يصح معاملته للسيد
والوجه الثانى لا يصح قاله القاضى وابن عقيل فى البيوع لأن الكتابة لم تسبق عقد البيع
ومنها لو ادعى أنه وكيل ازيد وأن ازيد على فلان ألفاً وأقام البينة بالوكالة والدين فى حالة واحدة فهل يقبل ويدفع إليه المال ام لابد من تقدم ثبوت الوكالة على ثبوت الدين ، قال القاضى فى خلافه يحتمل وجهين والأشبه اعتبار تقدم الوكالة لأنه مالم تثبت وكالته لا يجب الدفع اليه واستشهد للقبول بما لو شهد أنه ابتاع من فلان داراً وهو مالك لها بأنه يصح شهادتهما بالبيع والملك فى حالة واحدة
ومنها لو قال اذا تزوجت فلانة فقد وكلتك فى طلاقها ففى التلخيص قياس المذهب صحته ، ويتخرج وجه آخر أنه لا يصح لاقتران الوكالة وشرطها اذ شرطها ان يكون الموكل مالكا لما وكل فيه وملك الطلاق يترتب على ثبوت النكاح فيقارن الوكالة
ومنها لو وجدت الكفاءة فى النكاح حال العقد بأن يقول سيد العبد بعد إيجاب النكاح قبلت له هذا النكاح وأعتقته فقال الشيخ تقى الدين قياس المذهب صحته قال ويتخرج فيه وجه آخر بمنعها فاما اقتران الحكم مع شرطه فى غير عقد هل يثبت به الحكم أم لا يتخرج عليه مسائل
منها صحة الوصية لمن ثبتت أهلية ملكه بالموت كأم الولد ومدبره فان السبب المستحق به هو الايصاء وشرط الاستحقاق هو الموت وعليه يترتب الاستحقاق ، وقد اقترن به وجود أهلية المستحق فيكفى فى ثبوت الملك ، هذا اذا قلنا إن الوصية تملك بالموت من غير قبول ، وإن قلنا تتوقف على القبول وهو المشهور فان القبول يتأخر عن أهلية الاستحقاق فيصح القبول حينئذ ولا يضر فوات أهليته عند الموت فانه لو قال اعتقوا [عنى] عبدى وأعطوه كذا لصحت هذه الوصية
ومنها اذا وجدت الحرية عقيب موت الموروث أو معه كما لو قال لعبده إن مات أبوك فأنت حر وكان أبوه حراً فمات أو دبر ابن عمه ثم مات فانه لا يرثه ذكره القاضى وصاحب المغنى وعلله بان المانع لا يؤثر زواله حال الاستحقاق كما لا يؤثر وجوده عندنا فى اسلام الطفل بموت أبويه قال الشيخ تقى الدين ينبغى أن يخرج على الوجهين فيما إذا حدثت الأهلية مع الحكم هل يكتفى بها أم يشترط تقدمها فان قلنا تكفى المقارنة ورث لأنه صار حراً ومالكا فى حالة (١) واحدة انتهى ولا يقال هذا يقتضى (٢) اقتران العلة ومعلولها وهو عندكم باطل لأنا نقول علة الارث وسببه هو النسب وهو سابق على الموت وانما الحرية شرط له

(١) زمن واحد : فى ٧١٢ (٢) فى ٧١٢ : يفضى الى

ومنها عدة أم الولد اذا توفى سيدها ، هل هى عدة حرة أو أمة وأ كثر الروايات عن أحمد أنها تعتد عدة أمة . وقال لو اعتدت عـدة حرة لورثت ثم توقف فى ذلك ، وقال دخلنى منه شىء . وقال مرة تعتد عـدة حرة اكتفاء بالحرية المقارنة لوجوب العـدة ولزوم مقارنة العلة للمعلول هنا أظهر ولا يلزم لأن سبب العدة الاستفراش السابق والموت شرطها والحرية شرط للعدة بالأشهر ، ومن ههنا لم يلزم التورث لأن سببه منتف بالكلية وهو النكاح والنسب والولاء .

﴿ القاعدة السابعة والخمسون ﴾

اذا تقارن الحكم ووجود المنع منه . فهل يثبت الحـكم أم لا المذهب المشهور أنه لا يثبت ، وقال ابن حامد يثبت وإن تقارن الحـكم ووجود المـانع منه فهل يثبت الحـكم معه فيه وجهان ، واختار القاضى فى المجرد وابن عقيل فى الفصول وصاحب المغنى أنه لا يثبت واختار القاضى فى خلافه وفى الجامع الكبير أنه يثبت وكذلك ابن عقيل فى عمد الأدلة وأبو الخطاب (١) فاما اقتران الحكم والمنع منه فيندرج تحته مسائل :

منها لو قال الزوج لامرأته أنت طالق مع انقضاء عدتك . أو قال كلما ولدت ولداً فأنت طالق فولدت ولدين متعاقبين فانها تطلق بالأول وتنقضى العدة بالثانى ، ولا تطلق به كما لا تطلق فى قوله مع انقضاء عدتك . هذا المذهب المشهور وعليه أبو بكر وأبو حفص والقاضى وأصحابه والخلاف فيه مع ابن حامد وحده ، وفى الفصول يشير إلى أن مأخذ ابن حامد فى مسألة الولادة القول بتقارن العلة ومعلولها فيقع (٢) الطلاق فى حال الولادة قبل البينونة ولا يصح لأن البينونة معلولة للولادة فلو اقترنت العلة ومعلولها لبانت مع الولادة أيضا

ومنها لو قال أنت طالق بعد موتى لم تطلق بغير خلاف نعلمه ، ولو قال مع موتى أو موتك لم تطلق ، نص عليه فى رواية مهنا لان الموت سبب البينونة فلا يجامعها الطلاق ويلزم على قول ابن حامد الوقوع ههنا لأنه إذا وقع (٣) الطلاق مع الحـكم بالبينونة فايقاعـه مع سبب الحـكم اولى ويلزم مثل ذلك القاضى ومن تابعه على الوقوع مع سبب الانفساخ لتأخر الانفساخ عنه ولم يلتزموا ذلك ، وادعوا ههنا المقارنة دون السبق ولا يصح ولعل المانع من إيقاع الطلاق مع الموت هو عدم الفائدة فيه بخلاف إيقاعه مع البينونة فى الحياة فانه يفيد التحريم أو نقص العدد

(١) فى هامش ٧١١ بعد قوله وأبو الخطاب اشارة ونصها : «والقاضى من نص أحمد على أن أم الولد اذا قتلت سيدها لزمها قيمة نفسها فاوجب» (٢) فى الاصل فيقطع (٣) فى ٧١٢ أوقع

ومنها لو قال زوج الأمة لها ان ملكتك فانت طالق ثم ملكها لم تطلق ، قال الاصحاب وجها واحدا . ولا يصح لان ابن حامد يلزمه القول ههنا القول بالوقوع لاقترانه بالانفساخ

ومنها لو أعتق الزوجان معا وقلنا لا خيار للمعتقة تحت الحر فهل يثبت لها الخيار ههنا على روايتين منصوصتين عن احمد وقد اقترن هنا المقتضى وهو حريتها والمانع وهو حريته فحصل الحكم بثبوت الخيار مع المنع منه فان قيل يشكل على ما ذكرتموه مسألتان منصوصتان عن الامام احمد :

احداهما اذا قال لعبده إن بعتك فانت حر، ثم باعه فانه يعتق على البائع من ماله نص عليه احمد فى رواية جماعة ولم ينقل عنه فى ذلك خلاف فقد حكم بوقوع العتق مع وجود المانع (١) منه وهو انتقال الملك وهذا يلزم منه صحة قول ابن حامد وطرده فى إثبات الاحكام مع مقارنة المنع منها، مثل أن يقول لغير المدخول بها إن طلقتك فانت طالق ثم يطلقها فينبغى أن تطلق طلقتين . وكذلك إن قالت إن فسخت نكاحك لعيب أو نحوه فانت طالق ، وكذلك ان قال ان خالعتك فانت طالق

المسئلة الثانية اذا مات الذمى وله أطفال صغار حكم باسلام الولد وورث منه نص عليه ولم يثبت عنه خلاف ذلك حتى أن من الأصحاب من أنكر القول بعدم توريثه وقال هو خلاف الاجماع ويلزم من توريثه اثبات الحكم المقترن بمانعه، وهذا لامحيد عنه والجواب أما على قول ابن حامد فهذا متجه لا بعد فيه وأما على قول جمهور الأصحاب فقد اختلفوا فى تخريج كلام الامام احمد فى مسألة العتق على طرق :

أحدها : أنه مبنى على قوله بان الملك لم ينتقل عن البائع فى مدة الخيار، فاما على قوله بالانتقال وهو الصحيح فلا يعتق وهذه طريقة ابى الخطاب فى انتصاره وفيها ضعف فان نصوص احمد بالعتق هنا متكاثرة ورواية بقاء الملك للبائع ربما لم تكن صريحة عن احمد بل مستنبطة من كلامه وانما المنقول الصريح عنه انتقال الملك

والطريق الثانى أن عتقه على البائع لثبوت الخيار له فلم تنقطع علقه عن المبيع بعد وهى طريقة القاضى وابن عقيل وأبى الخطاب وأورد عليهم أن تصرف البائع بالعتق فى مدة الخيار لا ينفذ على المنصوص فاجابوا بان هذا العتق أنشأه فى ملكه فلذلك نفذ فى مدة الخيار بعد زوال ملكه فان احمد قال بنفوذ الوصية (٢) بعد الموت ، وقال فى رواية ابن ماهان يعتق من مال البائع قيل لأنه خلف عن ملك قال نعم

(١) فى ٧١٢ : المنع (٢) فى نسختى الدار : فان احمد شبهه بنفوذ الوصية

والطريق الثالث أنه يعتق على البائع عقيب ايجابه وقبل قبول المشترى وهى طريقة ابن ابى موسى والسامرى وصاحبي المغنى والتلخيص لأنه انما علقه على بيعه وبيعه الصادر عنه هو الايجاب فقط ، ولهذا يسمى بائعا والقابل مشتريا ، ويقال باع هذا واشترى هذا ، وان كان العقد لا ينعقد بقبول المشترى لكن القبول شرط محض لانعقاد البيع وليس هو من ماهيتهفاذا وجد القبول تبينا أنه عتق على البائع قبله فى ملكه قبل الانتقال وفى هذه [الطريقة] أيضا نظر فان احمد نص على نفوذه بعد زوال الملك ولأن البيع المطلق انما يتناول المنعقد لاصورة البيع المجردة

والطريق الرابع أنه يعتق على البائع فى حالة انتقال الملك الى المشترى حيث يترتب على الايجاب القبول وانتقال الملك وثبوت العتق فيتدافعان وينفذ العتق لقوته وسرايته دون انتقال الملك وهى طريقة أبى الخطاب فى رءوس المسائل ويشهد لها تشبيه أحمد بالمدبر والوصية ولا يقال فى المدبر والوصية لاينتقل الى [مال] الورثة لتعلق حق غيرهم بها لانها تمنع ذلك على أحد الوجهين ونقول بل ينتقل اليهم المال الموصى به وهو ظاهر تعليل أحمد فى هذه المسألة فانه قال فى رواية الأثرم وقد قيل له كيف يعتق على البائع وانما وجب العتق بعد البيع فقال لو وصى له بمائة درهم ومات يعطاها وان كانت وجب له بعد الموت ولا ملك فهذا مثله ، ونقل عنه صالح نحو هذا المعنى أيضاً وعلى هذه الطريقة فينفذ العتق مع قيام المانع له لقوته وسرايته ولا يلزم مثل ذلك فى غيره من العقود

والطريق الخامس أن يعتق بعد انعقاد البيع وصحته وانتقال الملك المبيع الى المشترى ثم ينفسخ البيع بالعتق على البائع وصرح بذلك القاضى فى خلافه وابن عقيل فى عمده وصاحب المحرر، وهو ظاهر كلام أحمد وتشبيهه بالوصية

ووجه ذلك أن العتاق لقوته ونفوذه وسرايته الى ملك الغير ينفذ ، وان وجد أحد طرفيه فى ملك والآخر فى غير ملك فاذا عقده فى غير ملك مضافاً الى وجود الملك صح ونفذ فى المذهب الصحيح المشهور فكذا إذا عقده فى ملك على نفوذه فى غير الملك فانه ينفذ ولهذا نقول على احدى الروايتين لو قال مملوكى فلان حر بعد موتى بسنة يعتق كما قال وان كان ذلك بعد زوال ملكه وانتقاله عنه ، ولا يقال لا ينتقل ملكه مع قيام الوصية لأن ذلك ممنوع على ظاهر كلام احمد كما تقدم ولا يلزم مثل هذا فى غير العتق من العقود لأنها لا تسرى الى ملك الغير ولا عهد نفوذها فى غير ملك بحال ، وخرج صاحب المحرر فى تعليقه على الهداية وجها فيما اذا علق طلاقها على خلعها فخالعها أنه يقع الطلاق المعلق كما يقع العتق بعد البيع اللازم . فان كان مراده انه يقع مع الخلع فهى مسألة ابن حامد فى الوقوع مع البينونة وان أراد بعده فمشكل ، فان الطلاق لم يعهد عندنا وقوعه فى غير ملك وسلك الشيخ تقى الدين طريقة أخرى فقال ان كان المعلق للعتق قصده اليمين دون التبرر بعتقه اجزأه

كفارة يمين لأنه اذا باعه خرج عن ملكه فبقى كنذره ان يعتق عبد غيره فيجزئه الكفارة وان قصد به التقرب صار عتقه مستحقا كالنذر [فلا يصح بيعه ويكون العتق معلقا على صورة البيع كما] (١) لو قال لما لا يحل بيعه إذا بعته فعلى عتق رقبة أو قال لأم ولده ان بعتك فانت حرة وطرد قوله هذا فى تعليق الطلاق على الفسخ والخلع فجعله معلقاً على صورة الفسخ والخلع قال ولو قيل بانعقاد الفسخ والخلع المعلق عليه فلا يمتنع وقوع الطلاق معه على رأى ابن حامد حيث أوقعه مع البينونة بانقضاء العدة فكذا بالفسخ [والله أعلم] وأما مسألة الميراث فلا ريب ان احمد نص على توريث الطفل من ابيه الكافر والحكم باسلامه بموته وخرجه من خرجه من الأصحاب كصاحب المغنى على ان المانع لم يتقدم الحكم بالارث وانما قارنه وهذا يرجع الى ثبوت الحكم مع مقارنة المانع [له] لأن الاسلام سبب المنع، والمنع يترتب عليه والحكم بالتوريث سابق على المنع لاقترانه بسببه ، وأما اقتران الحكم والمانع فله صور :

منها توريث الطفل المحكوم باسلامه بموت احد ابويه الكافرين منه وقد ذكرت

ومنها اذا قتلت ام الولد سيدها فانه يلزمها أقل الأمرين من قيمتها اوالدية نص عليه . قال الأصحاب سواء قلنا ان الدية تحدث على ملك الورثة ابتداء اوعلى ملك الموروث اولا، لأنا ان قلنا تحدث على ملك الورثة فقد اقترن الضمان بالحرية وانما لم يجب الضمان هنا بالدية مطلقا اكتفاء بمقارنة الشرط للحكم على ماتقدم لأن الاعتبار هنا فى الضمان بحالة الجناية وهى حينئذ رقيقة فلا يلزمها أكثر من ضمان جناية الرقيق ولا يمنع من ذلك مقارنة الحرية بحالة وجوب الضمان بناء على أن المانع إذا اقترن بالحكم لم يمنعه ، وان قلنا ان الدية تحدث على ملك المقتول اولا فقد وجب له ذلك فى آخر جزء من حياته، وهى اذ ذاك رقيقة فسبق وقت وجوب الضمان وقت الحرية ، وانما وجب الضمان هنا للسيد وان كان السيد لايجب له الضمان على رقيقه لتعلق حق الورثة بماله فى هذه الحال فصار كالواجب لها ابتداء ، ولهذا كانوا هم المطالبين به والله أعلم

ومنها اذا تزوج العادم للطول الخائف للعنت فى عقد حرة وأمة فهل يصح نكاح الأمة مع الحرة على وجهين

ومنها إذا قال المتزوج بامة أبيه اذا مات أبى فانت طالق ثم مات الأب فهل يقع الطلاق ، على وجهين أحدهما يقع ، وهو قول القاضى فى الجامع والخلاف وابن عقيل فى العمد واختيار أبى الخطاب لأن الموت يترتب عليه [وقوع] الطلاق والملك [والملك] سبب انفساخ النكاح فقد سبق نفوذ

---

(١) الزيادة عن نسختى الدار

الطلاق وقوع الفسخ فنفذ، والثانى لايقع وهو قول القاضى فى المجرد وابن عقيل فى الفصول لأن الطلاق قارن المانع وهو الملك فلم ينفذ

ومنها اذا تزوج أمة ثم قال لها إن اشتريتك فانت طالق وفيه الوجهان ان قلنا ينتقل الملك مع الخيار وهو الصحيح ، وان قلنا لا ينتقل وقع الطلاق وجهاً واحداً كذا ذكره أبو الخطاب وفى خلاف القاضى اذا حلف لايبيع فباع بشرط [الخيار] هل يحنث أن ذلك مبنى على نقل الملك وعدمه فقياس قوله انه لايقع الطلاق هنا فى مدة الخيار اذا قلنا لاينتقل الملك فيها وأنكر ذلك الشيخ مجد الدين وقال يحنث بكل حال لأن البيع قد وجد

ومنها اذا قال لامرأته التى لم يدخل بها إن كلمتك فانت طالق ثم أعاده فانها تطلق بالاعادة لأنه كلام فى المشهور عند الاصحاب، وقال ابن عقيل فى عمد الأدلة قياس المذهب عندى أنه لايحنث بهذا الكلام لأنه من جنس اليمين الاولى ومؤكد لها، وانما المقصود أذاها وهجرها واضرارها بترك كلامها وليس فى هذه الاعادة ماينافى ذلك فلا يحنث به وهذا أقوى والتفريع على المشهور فاذا وقع الطلاق بالاعادة ثانيا فهل ينعقد به يمين ثانية أم لا ، فى المسألة وجهان :

أحدهما لاينعقد وهو قول القاضى فى الجامع والخلاف ومن اتبعه كالقاضى يعقوب وابن عقيل وهو قياس قول صاحب المغنى وله مأخذان : أحدهما وهو مأخذ القاضى ومن أتبعه ان الكلام يحصل بالشروع فى الاعادة قبل اتمامها فيقع الطلاق قبل اتمام الاعادة فلا ينعقد لأن تمام اليمين حصل بعد البينونة . والثانى وهو الذى ذكره صاحب المغنى فى نظير هذه المسألة ان الطلاق وان وقف وقوعه الى مابعد إنهاء الاعادة الا أن الاعادة يترتب عليها البينونة فيقع انعقاد اليمين مع البينونة فيخرج على الخلاف فى ثبوت الحكم مع المانع أو مع سببه والأصح عنده عدمه

والوجه الثانى تنعقد اليمين وهو اختيار صاحب المحرر بناء على أن الطلاق يقف وقوعه على تمام الاعادة لأن الكلام المطلق انما ينصرف الى المقيد ولاتحصل الافادة بدون ذكر جملة الشرط والجزاء فيقف الطلاق عليهما ويقع عقيبهما لأنهما شرط لوقوعه وأما اليمين فوجدت مع شرط الطلاق فسبقت وقوعه . يوضحه أن اليمين هى اللفظ المجرد وهو المعلق عليه الطلاق فاذا قال ان كلمتك فانت طالق فهو فى معنى قوله ان حلفت يمينا بطلاقك على كلامك فانت طالق فتبين أن وجود اليمين سابقة لوقوع الطلاق

ومنها اذا قال لامرأتيه واحداهما غير مدخول بها ان حلفت بطلاقكما فانتما طالقتان ثم قاله ثانيا فانهما يطلقان طلقة [طلقة] على المذهب المشهور وانعقدت اليمين مرة ثانية فى حق المدخول بها وأما فى حق التى لم يدخل بها ففى انعقادها وجهان احدهما أنها تنعقد وهو قول أبى الخطاب وصاحب المحرر ومقتضى ماذكره القاضى وابن عقيل فى المسألة التى قبلها لان اليمين سبب البينونة

ووجدت مع شرط الطلاق لامع وقوع الطلاق والثانى لا ينعقد وهو اختيار صاحب المغنى غير أنه وقع فى النسخ خلل فى تعليله ؛ ووجهه أن اليمين وإن وجدت مع شرط الطلاق لكن انعقادها مفارق (١) لوقوع الطلاق فلم ينعقد لاقترانه بما يمنعه ، فان أعاده ثالثا قبل أن يجدد نكاح البائن لم تطلق واحدة منهما على الوجهين لأن الحلف بطلاق البائن لايمكن فان عاد وتزوج البائن ثم حلف بطلاقها وحدها فعلى الوجه الثانى لاتطلق لأن اليمين الثانية لم تنعقد بحقها وتطلق الاخرى طلقة لوجود الحلف بطلاقها قبل نكاح الثانية والحلف بطلاق الثانية بعد نكاحها(٢) فكمل الشرط فى حق الأولى ، وعلى الوجه الأول تطلق كل واحدة منهما طلقة طلقة لأن الصفة الثانية منعقدة فى حقهما جميعا كذا ذكره الأصحاب وأورد عليه أن طلاق كل واحدة منهما معلق بشرط الحلف بطلاقها مع طلاق الأخرى فكل واحد من الحلفين جزء علة لطلاق كل واحدة منهما ، فكما أنه لا بد من الحلف بطلاقها فى زمن يكون فيه أهلا لوقوع الطلاق كذلك الحلف بطلاق ضرتها لأنه جزء علة لطلاق نفسها ومن تمام شرطه فكيف يقع بهذه التى جدد نكاحها الطلاق وانما حلف بطلاق ضرتها وهى بائن وأجيب عنه بأن وجود الصفة كلها فى النكاح لاحاجة اليه ، ويكفى وجود آخرها فيه فيقع الطلاق عقيبه ، وذكر صاحب المحرر فى تعليقه على الهداية أن هذا هو المذهب سواء قلنا يكفى فى الحنث وجود بعض الصفة أم لا ، نعم إن قلنا يكفى وجود بعضها وقد وجد حال البينونة انبنى على أن الخلاف فى حل اليمين بالصفة الموجودة حال البينونة انتهى ، وعندى أن هذا قد يتخرج على خلاف المتأخرين(٣) فى أن اليمين لاتنحل بوجود الصفة حال البينونة فان قلنا انها مستثناة من عموم كلامه بقرينة الحال فوجود بعضها حال البينونة لاعبرة له أيضا كوجود جميعها ، وان قلنا ان اليمين لا تنحل بدون الحنث فيها اكتفى بوجود آخرها فى النكاح لامكان الحنث فيه على أن الاكتفاء بوجود بعض الصفة حال البينونة وبعضها فى النكاح مع قولنا لايكتفى بوجود بعض الصفة فى الطلاق وقولنا ان الصفة الموجودة حال البينونة لاتنحل بها اليمين لايخلو عن إشكال [ونظر] والله أعلم

ومنها اذا اشترى مريض أباه بثمن لايملك غيره وهو تسعة دنانير وقيمة الأب ستة فقد حصل منها عطيتان من عطايا المريض محاباة البائع بثلث المال وعتق الاب اذا قلنا ان عتقه من الثلث وفيه وجهان:

أحدهما وهو قول القاضى فى المحرر وابن عقيل فى الفصول يتحاصان لأن ملك المريض لأبيه مقارن لملك المشترى لثمنه وفى كل منهما عطية منجزة فتحاصا لتقارنهما والثانى أنه تنفذ المحاباة ولا يعتق الاب وهو اختيار صاحب المحرر لأن المحاباة سابقة لعتق الأب فان ملك المشترى الثمن

---

(١) فى ٧١٢ : مقارن ولعله الصواب (٢) فى الاصل : بعد طلاقها (٣) فى ٧١١ : فى المذهبين

الذى وقعت المحاباة فيه وقع مقارنا للملك الأب ، وعتقه يترتب على ملكه ولم يقارنه فقد قارنت المحاباة شرط عتق الأب لاعتقه فنفذت كسبقها

ومنها لو أصدقها مائة درهم ثم طلقها قبل الدخول على خمسين من المهر فهل تستحق جميع المهر أو ثلاثة أرباعه على وجهين : احدهما تستحقه كله لأنه استحق عوضاً عن الطلاق خمسين ورجع اليه بالطلاق قبل الدخول النصف الباقى والثانى تستحق ثلاثة ارباعه لأن الطلاق يتنصف به المهر ويصير مشاعاً بين الزوجين فلا يستحق من الخمسين المخالع بها الا نصفها ، فلا يسلم للزوج عوضاً عن طلاقه الا نصف الخمسين ويرجع اليه بالطلاق النصف ومن نصر الوجه الأول قال تنصف المهر يترتب على الخلع لا يفارقه(١) فقد ملك الخمسين كلها قبل التنصيف ، لكن ملكه لها قارن سبب التنصيف وهو البينونة فهذا مأخذ الوجهين ، وللمسألة مأخذ آخر على تقدير التنصف قبل الملك وهو أن يخالعها لخمسين من المهر مع علمها بان المهر يتنصف بالمخالعة هل يتنزل على خمسين مبهمة منه أو على الخمسين التى يستقر لها بالطلاق وفى المسألة وجهان ،وعليهما يتنزل الوجهان فيما اذا باع احد الشريكين نصف السلعة المشتركة هل ينزل(٢) البيع على نصف مشاع وانما له فيه نصفه وهو الربع أو على النصف الذى يخصه بملكه وكذلك فى الوصية وغيرها واختيار القاضى انه يتنزل على النصف الذى يخصه كله بخلاف ما إذا قال له أشركتك فى نصفه وهو لا يملك سوى النصف فانه يستحق منه الربع لأن الشركة تقتضى التساوى فى الملكين بخلاف البيع والمنصوص عن احمد فى رواية ابن منصور أنه لا يصح بيع النصف حتى يقول نصيبى فان أطلق تنزل على الربع

ومنها إذا تزوج فى مرض الموت بمهر يزيد على مهر المثل ففى المحاباة روايتان إحداهما أنها موقوفة على اجازة الورثة لأنها عطية الوارث والثانية تنفذ من الثلث نقلها المروذى والأثرم وصالح وابن منصور والفضل بن زياد ويحتمل أن يكون مأخذه أن الارث المقارن للعطية لا يمنع نفوذها ويحتمل أن يقال ان الزوجة ملكها فى حال ملك الزوج البضع وثبوت الارث مترتب على ذلك وكذلك نص فى رواية أبى طالب فيمن أقر لزوجته فى مرضه بمهر يزيد على مهر المثل أن الزيادة تكون من الثلث ووجه القاضى بما ذكرناه من الترتيب لان الاقرار تبين به أن الاستحقاق كان بالعقد وهذا كله يرجع الى أن العطية والوصية لمن يصير وارثا يعتبر من الثلث وهو خلاف المذهب المعروف لكن قد يفرق بين أن يكون الوارث نسيبا أو زوجا كما فرق القاضى فى كتاب الوصايا من خلافه بينهما فى مسألة الاقرار لأن النسب سبب إرثه قائم حال الوصية بخلاف أحد الزوجين وفيما ذكره القاضى فى توجيه رواية أبى طالب نظر فان أحمد لو اعتبر حاله العقد لما جعله من

(١) فى ٧١١ : يقارنه (٢) فى ٧١١ . يتنزل

الثلث ، وانما يتخرج من هذه الرواية رواية عنه بان إقرار المريض لوارثه معتبر من الثلث والله أعلم

﴿ القاعدة الثامنة والخمسون ﴾

من تعلق به الامتناع من فعل هو متلبس به فبادر إلى الاقلاع عنه ، هل يكون اقلاعه فعلا للممنوع منه أو تركا له فلا يترتب عليه شيء من أحكامه هذا [عدة] أنواع :

أحدها ألا يتعلق به حكم الامتناع بالكلية الا وهو متلبس به فلا يكون نزعه فعلا للممنوع منه، فمن ذلك اذا حلف لا يلبس ثوبا وهو لابسه، أولا يركب دابة وهو راكبها، أو لا يدخل دارا وهو فيها، وقلنا إن الاستدامة كالابتداء فى جميع هذه الأفعال فخلع الثوب ونزل عن الدابة وخرج من الدار فى أول أوقات الامكان ، فانه لا يحنث لأن اليمين تقتضى الكف فى المستقبل دون الماضى والحال فيتعلق الحكم باول أوقات الامكان ، ومنه ما اذا أحرم وعليه قميص فانه ينزعه فى الحال ولا فدية عليه ، لأن محظورات الاحرام انما تترتب على المحرم لا على المحل ولا يقال انه باقدامه على انشاء الاحرام وهو متلبس بمحظوراته منتسب الى مصاحبة اللبس فى الاحرام كما لا يقال مثل ذلك فى الحالف والناذر فانه كان يمكنه أن لا يحلف ولا ينذر حتى يترك التلبس بما يحلف عليه، ومنه ما اذا فعل فعلا محرما جاهلا أو ناسيا ثم ذكر فانه يجب عليه قطعه فى الحال ولا يترتب عليه أحكام المتعمد(١) له

النوع الثانى أن يمنعه الشارع من الفعل فى وقت معين ويعلم بالمنع ولكن لا يستقر(٢) بوقت المنع حتى يتلبس بالفعل فيقلع عنه فى الحال فاختلف أصحابنا فى ذلك على وجهين :

أحدهما أنه لا يترتب عليه حكم الفعل المنهى عنه بل يكون اقلاعه تركا للفعل لأن ابتداءه كان مباحاً حيث وقع قبل وقت التحريم، وهو اختيار أبى حفص العكبرى .

والثانى أنه يكون حكمه حكم الفاعل بتركه لاقدامه على الفعل مع علمه بتحريمه فى وقته لاسيما مع قرب الوقت [وهذا ظاهر المذهب] ومن صور المسألة ما اذا جامع فى ليل رمضان فادركه الفجر وهو مجامع فنزع فى الحال فالمذهب أنه يفطر بذلك وفى الكفارة روايتان واختار أبو حفص أنه لا يفطر ولا خلاف فى أنه لا يأثم اذا كان حال الابتداء متيقنا لبقاء الليل ويبنى بعض الأصحاب المسألة على أصل آخر وهو أن النزع هل هو جزء من الجماع أوليس من الجماع وحكى فى المسألة روايتين واختار الشيخ تقى الدين أنه لا يفطر بالنزع فى هذه الحالة ولا بالأكل ولا بغيره بناء على أنه انما يتعلق به حكم وجوب الامساك عن المفطرات بعد العلم بطلوع الفجر فلا يكون الواقع منها فى حالة

(١) فى الاصل المعتمد (٢) فى ٧١١ : يشعر

الطلوع محرماً البتة كما قلنا فى محظورات الاحرام انها انما تثبت بعد التلبس به، وقد روى عن أحمد مايدل على ذلك فانه قال اذا شك فى طلوع الفجر فانه يأكل حتى لايشك أنه طلع وفى المسألة أحاديث وآثار كثيرة تدل على ذلك والله أعلم

ومنها اذا وطىء امرأته فحاضت فى أثناء الوطء فنزع هل يلزمه الكفارة اذا قلنا يلزم المعذور فمن الأصحاب من خرجها على النزع هل هو جماع أم ترك للجماع ، ومنهم من خرجها على مسألة الصوم والأظهر أنه إن كان يعلم بمقتضى العادة قرب وقت حيضها ثم وطىء وهو يخشى مفاجأة الحيض هو شبيه بمسألة الصوم والا فلا كفارة لأنه انما تعلق به المنع بعد وجود الحيض وقد ترك الوطء حينئذ وكذلك ينبغى أن يقال فى الواطىء فى ليل الصيام انه إن ظن بقاء الليل وأنه فى مهلة منه لم يفطر وان خشى مفاجأة الفجر أفطر لأنه أقدم على مكروه أو محرم ابتدأ

النوع الثالث أن يعلم قبل الشروع فى فعل أنه اذا شرع فيه ترتب عليه تحريمه وهو متلبس به ، فهل يباح له الاقدام على ذلك الفعل لأن التحريم لم يثبت حينئذ أم لايباح لأنه يعلم أن اتمامه يقع حراما فيه لأصحابنا قولان ، ومثال ذلك : أن يقول لزوجته إن وطئتك فانت طالق ثلاثا أوفأنت على كظهر أمى ومثل أن يعلم أنه متى أولج فى هذا الوقت طلع عليه الفجر وهو مولج فحكى الأصحاب فى مسألة الطلاق والظهار روايتين بنوهما على أن النوع هل هو جماع أو ليس بجماع ورجح صاحب المغنى التحريم فى مسألة الطلاق والظهار على كلا القولين لأنه استمتاع بأجنبية وهو حرام ولو كان لمس بدنها لشهوة فلمس الفرج بالفرج أولى بخلاف الصائم فانه لايفطر الا بالوطء ويمكن منع كون النوع وطئاً قال فان قيل هذا انما يحصل ضرورة ترك الوطء الحرام قلنا فاذا لم يمكن الوطء الابفعل محرم ضرورة وهو ترك الحرام كما لو اختلط لحم الخنزير بلحم مباح لايمكنه أكله الا بأكل لحم الخنزير أو اشتبهت ميتة بمذكاة فان الجميع محرم انتهى . وليس هذا مطابقا لمسألتنا فان ابتداء الوطء هنا منفرد عن الحرام متميز عنه لم يشتبه بحرام أو لم يختلط به ، فاذا انضم الى ذلك أن النزع ترك للحرام لم يبق ههنا حرام ، وأيضا فان النزع ههنا مقارن البينونة فيمكن النزاع فى تحريمه كما وقع النزاع فى ترتب أحكام الزوجية معه وأما الايلاج فمقارن لشرط البينونة فان قيل إن المقارن للشرط كالمقارن للمشروط على ماسبق تقريره فى القاعدة التى قبلها توجه تحريمه أيضا والا فلا ، وأيضا فمن يقول النزع جزء من الجماع وان الجماع عبارة عن الايلاج والنزع يلتزم أن الطلاق والظهار انما يقعان بعد النزع لاقبله فلا يحصل النزع فى أجنبية ولا مظاهر منها ولايقال يلزم على هذا أن لايفطر الصائم بالايلاج قبل غروب الشمس اذا نزع بعده لأن مفطرات

الصائم لم تنحصر فى الجماع وحده بل تحصل بأمور متعددة فيجوز أن يحصل بأحد جزأى(١) الجماع كما يحصل بالانزال بالمباشرة ونحوه بخلاف الأحكام المترتبة على مسمى الوطء فانها لا تثبت الا بعد تمام مسمى الوطء

النوع الرابع أن يتعمد الشروع فى فعل محرم عالما بتحريمه ثم يريد تركه والخروج منه وهو متلبس به فيشرع فى التخلص منه بمباشرة أيضا ، كمن توسط داراً مغصوبة ثم تاب وندم وأخذ فى الخروج منها ، أو طيب المحرم بدنه عامدا ثم تاب، وشرع فى غسله بيده قصداً لازالته ، أو غصب عينا ثم ندم وشرع فى حملها على رأسه الى صاحبها، وما أشبه ذلك . والكلام هنا فى مقامين احدهما : هل تصح التوبة فى هذه الحال ويزول الاثم بمجردها ، أم لا يزول حتى ينفصل عن ملابسة الفعل بالكلية ، وفيه لأصحابنا وجهان:

أحدهما وهو قول ابن عقيل أن توبته صحيحة ويزول عنه الاثم بمجردها ويكون تخلصه من الفعل طاعة وإن كان ملابسا له لأنه مأمور به فلا يكون معصية ، ولا يقال من شرط التوبة الاقلاع ولم يوجد لأن هذا هو الاقلاع بعينه وأيضا فالاقلاع انما يشترط مع القدرة عليه دون العجز، كما لو تاب الغاصب وهو محبوس فى الدار المغصوبة أو توسط جمعا من الجرحى متعمدا ثم تاب وقد علم أنه إن أقام قتل من هو عليه وان انتقل قتل غيره لكن هذا من محل النزاع أيضا

والوجه الثانى وهو قول أبى الخطاب أن حركات الغاصب ونحوه فى جروحه ليست طاعة ولا مأموراً بها بل هى معصية ولكنه يفعلها لدفع أكبر المعصيتين بأقلهما وأبو الخطاب وان قال ليست طاعة هو يقول لا إثم فيها بل يقول بوجوبها وهو معنى الطاعة وخرج بعض الأصحاب الخلاف فى هذه المسألة على جواز الخلاف فى الاقدام على الوطء فى مسائل النوع الثالث فان قيل بجوازه لزم أن يكون الترك امتثالا من كل وجه فلا يكون معصية وإن قيل بتحريمه لزم تحريم الترك ههنا وقد يفرق بالتحريم ثم طار وهنا مستصحب من الابتداء فلا يلزم من الجواز ثم الجواز هنا، ويلزم من التحريم هناك التحريم ههنا بطريق الأولى .والمقام الثانى فى الأحكام المترتبة على هذا الأصل وهى كثيرة فمنها غسل الطيب بيده للمحرم يجوز لأن ترك الطيب لا فعل له ذكره الأصحاب واستدلوا بحديث الذى أحرم وهو متضمخ بطيب فأمره النبى صلى الله عليه وسلم أن يغسله عنه ، ولكن هذا كان جاهلا بالحكم فهو كمن تطيب بعد احرامه ناسيا فانه يغسله بغير خلاف وخص كثير من الأصحاب كالقاضى وغيره الحكم بالناسى وهو مشعر بان العامد بخلافه وهو متخرج على الخلاف السابق فى كونه معصية، والصحيح التعميم لأن مباشرة الفعل انما جازت ضرورة الخروج منه والمحرم لا ضرورة له بالغسل بيده ، فلما أذن الشارع فيه دل على أن مباشرة

(١) بالأصل باحدى جزء والتصحيح عن ٧١١

الطيب لقصد ازالته ومعالجته غير ممنوع

ومنهـــا اذا تعمد المأموم سبق إمامه فى ركوع أو سجود وقلنا لاتبطل صلاته بمجرد تعمد السبق ، فهل يجب عليه العود الى متابعته الامام أم لا، أطلق كثير من الأصحاب وجوب العود من غير تفريق بين العامد وغيره ، كما وردت روايات عن الصحابة عمر وابنه وابن مسعود رضى الله عنهم وفرق صاحب المحرر بين العامد وغيره وقال : متى عاد العامد بطلت صلاته لأنه قد تعمد زيادة ركن كامل عمدا وانما يعود الساهى والجاهل، وقد يقال ان عود العامد يتخرج على أن العود انما هو قطع للفعل المنهى عنه الذى ارتكبه ورجوع عنه إلى متابعة الامام الواجبة فلا يكون منهياً عنه بل مأمور به كالخروج من الدار المغصوبة ونحوها على ما سبق وقد يفرق بأن حقيقة السجود وضع الأعضاء المخصوصة على الأرض فاذا زيد هذا المقدار عمدا بطلت به الصلاة وأما الهوى اليه والرفع منه فليسا من ماهيته وانما هما حدان له فلا أثر لنية قطعهما بالرفع فان الرفع ليس منه وانما هو غاية له وفصل بينه وبين غيره وما مضى منه ووجد لا يمكن رفعه، وهو سجود تام فتبطل الصلاة بزيادته عمدا، وهذا قد يلزم منه أن السبق للركن عمدا يبطل الصلاة وقد قيل انه المنصوص عن أحمد ، وعلى الوجه الآخر فيقال لما لحقه الامام فى هذا الركن واجتمع معه فيه اكتفى بذلك فى المتابعة

﴿ القاعدة التاسعة والخمسون ﴾

العقود لاترد الا على موجود بالفعل أو بالقوة، وأما الفسوخ فترد على المعدوم حكما واختيارا على الصحيح وقد دل عليه حديث المصراة حيث أوجب الشارع رد صاع التمر عوضاً عن اللبن بعد تلفه وهو مما ورد العقد عليه فدل على أنه حكم بفسخ العقد فيه ورد عوضه مع أصله والرجوع بالثمن كاملا فأما الانفساخ الحكمى بالتلف ففى مواضع :

منها اذا تلف المبيع المبهم قبل قبضه انفسخ العقد فيه وفى عوضه سواء كان ثمنا أو مثمنا . ومنها اذا تلفت الثمار المشتراة فى رؤس النخل قبل جدها بجائحة فان العقد ينفسخ فيها . ومنها إذا تلفت العين المستأجرة قبل مضى مدة الاجارة انفسخ العقد فيما بقى منها وأما الفسخ الاختيارى فكثير ، ومن مسائله اذا تلف المبيع فى مدة الخيار هل يسقط الخيار ام لا يسقط ، وللبائع الفسخ فيرجع بعوضه ويرد الثمن على روايتين معروفتين ونقل أبو طالب عنه ان اعتقه المشترى أو تلف عنه فللبائع الثمن وإن باعه ولم يمكنه رده فله القيمة [ففرق بين التلف الحسى والحكمى وبين التفويت مع بقاء العين فاجاز الفسخ(١)] مع بقائها لامكان الرجوع بخلاف التلف وأيضا

(١) الزيادة عن ٧١٢

فتصرفه فى المبيع (١) فى مدة الخيار جناية حال بها بين البائع والرجوع فى ماله فيملك أن يفسخ ويضمنه القيمة للحيلولة والى هذا المأخذ أشار أحمد رحمه الله

ومنها اذا اختلف المتبايعان فى الثمن بعد تلف المبيع وفيه روايتان : احداهما يتخالفان ويفسخ البيع ويغرم المشترى القيمة، والثانية القول قول المشترى مع يمينه فى قدر الثمن ولا فسخ اختارها أبو بكر

ومنها إذا تبايعا جارية بعبد أو ثوب ثم وجد أحدهما بما قبضه عيباً وقد تلف الآخر فانه يرد مابيده ويفسخ العقد ويرجع بقيمة التالف نص عليه أحمد فى رواية حنبل وابن منصور ولم يذكر الأصحاب فيه خلافا لأن هنا عين باقية يمكن الفسخ فيها فيقع الفسخ فى التالف تبعا كما لو كان الثمن نقداً معينا وقد تلف فانه لاخلاف أنه يرد السلعة بالعيب ويأخذ بدل الثمن

ومنها اذا تلف بعض المبيع المعيب وأراد رده فهل يجوز رد الموجود مع قيمة المفقود ويأخذ الثمن ظاهر كلام القاضى فى خلافه فى المسألة التى قبلها جوازه لأن الفسخ فى المفقود هنا تابع للفسخ فى الموجود . وخرجه صاحب التلخيص على روايتين فيما اذا اشترى شيئاً فبان معيبا وقد تعيب عنده فانه يرده على احدى الروايتين ويرد معها أرش العيب الحادث عنده منسوبا من قيمته لا من ثمنه فورد الفسخ هنا على المفقود تبعا للموجود واعتذر ابن عقيل عن ضمانه بالقيمة فانه لما فسخ العقد صار المبيع فى يده كالمقبوض على وجه السوم لأنه قبض بحكم عقد فلذلك ضمن بالقيمة وهذا رجوع الى أن الفسخ رفع للعقد من أصله وهو ضعيف، ومقتضى هذا أن الاصل ضمانه بجزء من الثمن وهو مقتضى ماذكره القاضى وابن عقيل فى مسائل التفليس لأن كل جزء من المبيع مقابل لجزء من الثمن فاذا لم يمكن رد المبيع كله رد الموجود منه بقسطه من الثمن كما فى تفريق الصفقة وهذا خلاف أرش العيب الذى يأخذه المشترى من البائع فانه يأخذه منسوبا من الثمن واختلف الأصحاب فيه فمنهم من يقول هو فسخ للعقد فى مقدار العيب ورجوع بقسطه من الثمن ، وعلى هذا فالفسخ ورد على معدوم مستحق التسليم وهذا فى المشترى فى الذمة كالسلم ظاهرا لأنه كان يستحقه سليما فاما فى المعين فلم يقع العقد على غير عينه فلا يمكن أن يكون الأرش فسخا الا أن يكون (٢) اطلاق العقد على العين يقتضى سلامتها وكأنها موصوفة بصفة السلامة وقد فاتت ومنهم من يقول بل هو عوض عن الجزء الفائت . وعلى هذا فهل هو عوض عن الجزء نفسه أو عن قيمته ذهب القاضى فى خلافه الى أنه عوض عن القيمة وذهب ابن عقيل فى فنونه وابن المنى (٣) الى أنه عوض عن العين

(١) فى ٧١١ : بالبيع (٢) فى ٧١٢ يقال (٣) كذا فى الأصل وقد ضبط بفتح النون والياء المشددة

عنها بما شاء وإن قلنا القيمة لم يجز أن يصالح عنها باكثر منها من جنسها، ومنهم من قال هو اسقاط لجزء من الثمن فى مقابلة الجزء الفائت الذى تعذر تسليمه لا على وجه الفسخ لأن الفسخ لايقابل الفائتة وينبنى على ذلك جواز المصالحة عنه باكثر من قيمته . فان قلنا المضمون العين فله المصالحة الصحة والسلامة وانما يقابل الأجزاء المشاعة فاذا عقد على عين موصوفة وفات بعض صفاتها رجع بما قابله من الثمن من غير فسخ وكل من هذه الأقوال الثلاثة قاله القاضى فى موضع من خلافه وينبنى على الخلاف فى أن الأرش فسخ أو اسقاط لجزء من الثمن أو معاوضته أنه إن كان فسخا أو اسقاطا لم يرجع الا بقدره من الثمن ويستحق جزءا من عين الثمن مع بقائه بخلاف ما اذا قلنا هو معاوضة وأما إن أسقط المشترى خيار الرد بعوض بذله له البائع وقبله فانه يجوز على حسب مايتفقان عليه وليس من الأرش فى شىء ذكره القاضى وابن عقيل فى الشفعة ونص أحمد على مثله فى النكاح فى خيار المعتقة تحت عبد

ومنهـــا اذا تلفت العين المعيبة كلها فهل يملك المشترى الفسخ ورد بدلها أم لا ، الذى عليه الأكثرون أنه لايملك ذلك وأشار اليه أحمد فى رواية ابن منصور قالوا لأن الرد يستدعى مردودا ولا مردود الا مع بقاء العين وظلامته تستدرك بالأرش وهو ضعيف لأن البدل يقوم مقام العين وخرج القاضى فى خلافه جواز ذلك من رد المشترى أرش العيب الحادث عنده كما تقدم وذكر أنه قياس المذهب وتابعه عليه أبو الخطاب فى انتصاره . وجزم بذلك ابن عقيل فى الفصول من غير خلاف حكاه

ومنهـــا اذا اشترى ربويا بجنسه فبان معيبا ثم تلف قبل رده فانه يملك الفسخ ويرد بدله ويأخذ لأنه لايجوز له أخذ الأرش على الصحيح بمحذور الربا فتعين الفسخ

ومنهـــا الاقالة هل تصح بعد تلف العين قال القاضى مرة لاتصح لأنها عقد يقف على الرضا من الجانبين فهى كالبيع بخلاف الرد بالعيب ثم قال فى موضع آخر قياس المذهب صحتها بعد التلف اذا قلنا هى فسخ وتابعه أبو الخطاب فى الانتصار وابن عقيل فى نظرياته وحكى صاحب التلخيص فيها وجهين بخلاف الرد بالعيب وفرق بأن الرد يستدعى مردودا بخلاف الفسخ وهو ضعيف فان الرد فسخ أيضا والاقالة تستدعى مقالا فيه ولكن البدل يقوم مقام المبدل هنا للضرورة

ومنهـــا الشركة فى البيوع وهى نوع منها وحقيقتها أن يشترى رجل شيئا فيقول لآخر اشركتك فى نصفه أو جزء مشاع منه فيقبل فيصح ذلك ويكون تمليكا منجزاً بعوض فى الذمة وموضوع هذا العقد أنه إن ربح المال المشترك فيه فالربح بينهما ويتقاصان بالثمن ويصير المشترى شريكا فى الربح فيأخذ حصته منه وإن تلف المال أو خسر انفسخت الشركة فيكون الخسران أو التلف على المشترى فيقدر انفساخ الشركة حكما فى آخر جزء من الملك قبل بيعه بخسارة أو تلفه

وإنما يحكم بالانفساخ بعد التلف والخسران فيكون هذا العقد مفيداً للشركة فى الربح خاصة ويكون فسخه معلقا على شرط ويكتفى بذلك بمسمى الشركة من غير حاجة الى شرط لفظى وقد نص أحمد على جواز هذا فى رواية جماعة منهم الأثرم ومهنا وأحمد بن القاسم وسندى وأبو طالب وأحمد ابن سعيد وابن منصور وغيرهم ونقل مثل ذلك عن شريح والشعبي صريحا وسئل أحمد هل يدخل هذا فى ربح ما لم يضمن فقال هو مثل المضارب يأخذ الربح ولا ضمان عليه وقد أشكل توجيه كلام أحمد على القاضى لحمله على محامل بعيدة جداً وحمله ابن أبى موسى على ظاهره وتبعه الشيرازى الا أنه خرج وجها آخر ان الوضيعة عليهما كالربح

﴿ القاعدة الستون ﴾

التفاسخ فى العقود الجائزة متى تضمن ضررا على أحد المتعاقدين أو غيرهما ممن له تعلق بالعقد لم يجز ولم ينفذ الا أن يمكن استدراك الضرر بضمان اونحوه فيجوز على ذلك الوجه. فمن ذلك الموصى اليه اطلق كثير من الأصحاب أن له الرد بعد القبول فى حياة الموصى وبعده وقيد ذلك صاحب المحرر بما اذا وجد حاكما لئلا يضيع أسنادها فيقع الضرر واخذها من رواية حنبل عن احمد فى الوصى يدفع الوصية الى الحاكم فيبرأ منها قال ان كان حاكما فنعم وحكى رواية أخرى انه لا يملك الرد بعد الموت بحال ولا قبله ان لم يعلمه بذلك لما فيه من التغرير به وحكى ابن أبى موسى رواية انه ليس له الرد بحال اذا قبلها ومن الأصحاب من حملها على ما بعد الموت وحكاهما القاضى فى خلافه صريحا فى الحالين

ومنها الوكيل فى بيع الرهن اذا عزله الراهن يصح عزله على المنصوص لأن الحاكم يأمره بالبيع ويبيع عليه وخرج ابن أبى موسى وجهاً آخر أنه لا ينعزل لأن فيه تغريراً للمرتهن ويتخرج وجه ثالث بالفرق بين ان يوجد حاكم يأمر بالبيع اولا من مسألة الوصية

ومنها انه يجوز فسخ عقد الجعالة لكن يستحق العامل أجرة المثل لبطلان المسمى بالفسخ فاذا عمل به احد مستنداً اليه استحق اجرة المثل كما لو سمى له تسمية فاسدة ويتخرج أن يستحق فى جعل الرد الآبق المسمى بالشروع لان المستحق بالاطلاق وقد صار وجود التسمية كالعدم

ومنها اذا فسخ المالك عقد المساقاة وقلنا هى جائزة فان كان بعد ظهور الثمرة فنصيب العامل فيها ثابت لأنه يملكه بالظهور روايه واحدة لأن حصة المساقى ليست وقاية للمال بخلاف المضارب وكذلك لو فسخ العامل بعد الظهور وأما ان كان الفسخ قبل الظهور فان كان من العامل فلا شىء له لاعراضه وان كان من المالك فعليه اجرة المثل للعامل لانه منعه من اتمام عقد يفضى الى حصول

المسمى له غالبا فلزمه ضمانه وأيضا فان ظهور الثمرة بعد الفسخ لعمل العامل فيها اثر بالقيام عليها وخدمتها فلا يذهب عمله مجانا وقد أثر فى حصول المقصود ويتوجه على قول ابن عقيل فى المضارب ان ينفسخ العقد بالنسبة الى المالك دون العامل فيستحق من الثمرة المسمى له

ومنها اذا زارع رجلا على أرضه ثم فسخ المزارعة قبل ظهور الزرع او قبل البذر وبعد الحرث قال ابن منصور فى مسائله قلت لأحمد : الأكار يريد أن يخرج من الارض فيبيع الزرع قال لا يجوز حتى يبدو صلاحه قلت فيبيع عمل يديه وما عمل فى الارض وليس فيها زرع قال لم يجب له شىء بعد انما يجب بعد التمام قال ابن منصور يقول يجب له بعد ما يبلغ الزرع لما اشترط عليه أن يعمل حتى يفرغ فاما ان يكون يذهب عمل يديه وما أنفق فى الأرض فلا وذلك أنه إذا اخرجه صاحبه او خرج باذنه فاذا خرج من ذات نفسه فليس له شىء انتهى فحمل ابن منصور قول احمد انه لا شىء له على ما إذا خرج بنفسه لأنه معرض عما يستحقه من الارض بخلاف ما اذا اخرجه المالك أو خرج باذنه وظاهر كلامه أنه تجب له أجرة عمله بيديه وما أنفق على الأرض من ماله مع ان كلام أحمد قد يحمل على أنه أراد أنه لا يبيع آثار عمله لأنها ليست أعيانا وهذا لا يدل على أنه لا حق له فيها بالكلية ولهذا نقول فى آثار الغاصب أنه يكون شريكا بها على أحد القولين والمفلس ونحوه لا خلاف فيه مع ان القاضى قال فى الأحكام السلطانية قياس المذهب جواز بيع العمارة التى هى الاثارة ويكون شريكا فى الارض بعمارته وأفتى الشيخ تقى الدين فيمن زارع رجلا على مزرعة بستانه ثم اجرها هل تبطل المزارعة انه ان زارعه مزارعة لازمة لم تبطل بالاجارة وان لم تكن لازمة اعطى الفلاح اجرة عمله وافتى ايضا فى رجل زرع ارضا وكانت بوارا وحرثها فهل له اذا خرج منها فلاحه أنه ان كان له فى الارض فلاحة لم ينتفع بها فله قيمتها على من انتفع بها فان كان المالك انتفع بها واخذ عوضا عنها من المستأجرة فضمانها عليه وان اخذ الأجرة عن الارض وحدها فضمان الفلاحة على المستأجر المنتفع بها ونص احمد فى رواية صالح فيمن استأجر ارضاً معلومة وشرط عليه ان يردها مفلوحة كما أخذها ان له ان يردها عليه كما شرط ويتخرج مثل ذلك فى المزارعة

ومنها المضاربة تنفسخ بفسخ المالك لها ولو كان المال عرضا ولكن للمضارب بيعه بعد الفسخ لتعلق حقه بربحه ذكره القاضى فى خلافه وهو ظاهر كلام احمد فى رواية الشيخ ابن منصور وذكر القاضى فى المجرد وابن عقيل فى باب الشركة ان المضارب لا ينعزل مادام عرضا بل يملك التصرف حتى ينض رأس [المال] وليس للمالك عزله وان هذا ظاهر كلام احمد فى رواية حنبل وذكرا فى المضاربة أنه ينعزل بالنسبة الى الشراء دون البيع وحمل صاحب المغنى مطلق كلامهما فى الشركة على هذا التقييد ومعناه ان المضارب بعد الفسخ يملك تنضيض المال وليس للمالك منعه من ذلك اذا كان فيه ربح لكن ابن عقيل صرح فى موضع آخر بان العامل لا يملك الفسخ حتى ينض رأس المال مراعاة لحق

مالكه ثم قال ابن عقيل اذا قصد المالك بعزله الحيلة لاقتطاع الربح مثل ان يشترى متاعا يرجو به الربح فى موسم فينفسخ قبله ليقومه بسعر يومه ويأخذه لم ينفسخ فى حق المضارب فى الربح واذا جاء الموسم أخذ حصته منه فجعل العقد باقياً بالنسبة الى استحقاق نصيبه من الربح الذى أراد المالك اسقاطه بعد انعقاد سببه بعمل المضارب فهو كالفسخ بعد ظهور الربح وقال ابن عقيل أيضا فى باب الجعالة المضاربة كالجعالة لايملك رب المال فسخها بعد تلبس العامل بالعمل وأطلق ذلك وقال فى مفرداته انما يملك المضارب الفسخ بعد أن ينض رأس المال ويعلم رب المال أنه أراد الفسخ لئلا يتمادى به الزمان فيتعطل عليه الارباح قال وهذا هو الأليق بمذهبنا وأنه لا يحل لأحد المتعاقدين فى الشركة والمضاربات الفسخ مع كتم شريكه لأنه ذريعة الى غاية الاضرار وهو تعطيل المال عن الفوائد والأرباح ولهذا لايملك عندنا فسخها ورأس المال قد صار عروضاً لكن اذا باع (١) ونض رأس المال ينفسخ انتهى وحاصله انه لايجوز للمضارب الفسخ حتى ينض رأس المال ويعلم به ربه لئلا يتضرر بتعطيل ماله عن الربح كما ذكر أنه فى الفصول ان المالك لايملك الفسخ اذا توجه المال الى الربح ولا يسقط به حق العامل وهو حسن جار على قواعد المذهب فى اعتبار المقاصد وسد الذرايع ولهذا قلنا ان المضارب اذا ضارب لآخر من غير علم الأول وكان عليه فى ذلك ضرر ردحقه من الربح فى شركة الاول مع مخالفته لأطلاق الأكثرين انه اذا فسخ قبل الظهور فلا شىء له وأما ماذكره فى باب الجعالة ففيه بعد الا أن ينزل على مثل هذا الحال مع أن القاضى ذكر مثله أيضاً فى باب الجعالة

ومنها الشركة اذا فسخ أحدهما عقدها بالقول انفسخت وان قال الآخر عزلتك انعزل المعزول وحده ذكره القاضى وينفسخ مع كون المال عروضا اوناضا وحكى صاحب التلخيص رواية أخرى لاينعزل حتى ينض المال كالمضارب قال وهو المذهب (٢) وفرق بان الشريك وكيل والربح يدخل تبعاً بخلاف حق المضارب فانه أصلى ولايدخل (٣) بدون البيع

ومنها الوكيل اذا وكله فى فعل شىء ثم عزله وتصرف قبل العلم تصرفا يوجب الضمان فهل يضمنه الموكل فيه وجهان مذكوران فيما اذا وكله فى استيفاء القصاص ثم عزله فاستوفاه قبل العلم قال أبو بكر لاضمان على الوكيل فمن الأصحاب من قال لعدم تفريطه ومنهم من قال لأن عفو موكله لم يصح حيث حصل على وجه لايمكن استدراكه فهو كالو عفى بعد الرمى قال أبو بكر وهل يلزم الموكل الضمان على قولين احدهما لاضمان عليه ووجه بأن عفوه لم يصح كما ذكرنا وبأنه محسن بالعفو فلا يترتب عليه الضمان به والثانى عليه الضمان لأنه سلطه على قتل معصوم لايعلم بعصمته فكان الضمان عليه كمالو أمر بالقتل من لايعلم تحريمه فقتل كان الضمان على الآمر وللاصحاب طريقة

(١) فى ٧١١ : باعا (٢) فى ٧١٢ : والمذهب الاول (٣) فى ٧١٢ : ولا يظهر

ثانيةوهى البناءعلى انعزال الوكيل قبل العلم فان قلنا لاينعزل لم يصح العفو فيقع القصاص مستحقا لاضمان فيه، وان قلنا ينعزل صح العفو وضمن الوكيل كما لو قتل مرتدا وكان [قد] أسلم ولم يعلم به وهل يرجع على الموكل على وجهين : احدهما يرجع لتغريره ، والثانى لا لأن العفو احسان منه لايقتضى الضمان وعلى هذا فالدية على عاقلة الوكيل عند أبى الخطاب لأنه خطأ وعند القاضى فى ماله لأنه عمد وهو بعيد . وقد يقال هو شبه عمد كذا حكى صاحب المغنى ، وللاصحاب طريقة ثالثة وهو ان قلنا لاينعزل لم يضمن الوكيل وهل يضمن العافى على وجهين بناء على صحة عفوه ، وترددا بين تغريره واحسانه، وإن قلنا ينعزل لزمته الدية . وهل يكون فى ماله أو على عاقلته على وجهين . وهذه طريقة أبى الخطاب وصاحب الترغيب وزادوا اذا قلنا فى ماله فهل يرجع بها على الموكل على وجهين ، ولو وكله فى بيع شىء أو وقفه أو [فى] عتق عبده ثم عزله ثم فعل ما وكله فيه قبل العلم بعزله فان قيل لاينعزل قبل العلم فالتصرف صحيح ولا كلام وان قيل ينعزل فالعقد باطل وكذلك وقف المشترى وعتقه. وأما استقلاله فقال الشيخ تقى الدين لايضمنه الوكيل لانتفاء تفريطه والمشترى مغرور وفى تضمينه خلاف فى المذهب واذا ضمن رجع على الغار على الصحيح والغار هنا لاضمان عليه فلاضمان على واحد منهما انتهى ، وعلى القول بضمان الوكيل فى مسألة (١) استيفاء القصاص من غير رجوع قد يتوجه ضمان الوكيل هنا وفيه بعد أيضا لأن الضمان هنا لو وجب لوجب للغار والغار من شأنه ان يضمن لاان يضمن له . وأما المشترى فهو شبيه بالمشترى من الغاصب اذا لم يعلما بالغصب، والمعروف فى المذهب تضمينه لكن لا يمكن الرجوع هنا على الوكيل

(القاعدة الحادية والستون)

المتصرف تصرفا عاما على الناس كلهم من غير ولاية أحد معين وهو الامام، هل يكون تصرفه عليهم بطريق الوكالة لهم أو بطريق الولاية فى ذلك وجهان وخرج الآمدى روايتين بناء على ان خطأه هل هو على عاقلته أو فى بيت المال لأنا إن جعلناه على عاقلته فهو متصرف بنفسه وان جعلناه فى بيت المال فهو متصرف بوكالتهم لهم وعليهم فلا يضمن لهم ولا يهدر خطاه فيجب فى بيت المال واختيار القاضى فى خلافه أنه متصرف بالوكالة لعمومهم، وذكر فى الاحكام السلطانية روايتين فى انعقاد الامامة بمجرد القهر من غير عقد وهذا يحسن ان يكون أصلا للخلاف فى الولاية والوكالة أيضا ، وينبنى على هذا الخلاف ايضا انعزاله بالعزل ذكره الآمدى فان قلنا هو وكيل فله أن يعزل

(١) فى نسختنا : فى ماله والتصحيح عن ٧١١

نفسه وان قلنا هو وال لم ينعزل بالعزل كما ان الرسول ليس له عزل نفسه ولا ينعزل بموت من بايعه لأنه وكيل عن الجميع لا عن اهل البيعة وحدهم، وهل لهم عزله اذا كان بسؤاله فحكمه حكم عزل نفسه، وان كان بغير سؤاله لم يجز بغير خلاف . هذا [ظاهر] ما ذكره القاضي وغيره وأما من كان تصرفه مستفاداً من توليته فان كان نائبا عنه كالوزير فانه كالوكيل له ينعزل بعزله وبموته وان كان نائبا عن المسلمين كالأمير العام لم ينعزل بموت الامام ذكره القاضي في الاحكام السلطانية فاما القضاة فهل هم نواب الامام أو المسلمين فيه وجهان معروفان ينبني عليهما جواز عزل الامام له وعزله لنفسه وظاهر كلام القاضي في الأحكام أن الخلاف مطرد في ولاية الامارة العامة على البلاد وجباية الخراج. وأما نواب القاضي فنوعان : أحدهما من ولايته خاصة كمن فوض اليه سماع شهادة معينة أو احضار المستعدى عليه فهم كالوكلاء ينعزلون بعزله وموته. والثاني من ولايته عامة كخلفائه وأمنائه على الأطفال ونوابه على القرى فهل هم بمنزلة وكلائه أو نواب المسلمين فلا ينعزلون بموته على وجهين ذكرهما الآمدي، وصحح صاحب الترغيب عدم الانعزال، وحكى ابن عقيل عن الأصحاب أنهم ينعزلون لأنهم نواب القاضي بخلاف القضاة فانهم نواب المسلمين، ولهذا يجب على الامام نصب القضاة ولا يجب على القضاة الاستنابة، ويجاب عنه بان القضاء ليس بفرض كفاية على رواية ولا يجب نصب قاض بالكلية وبأن الوجوب لا يتعلق بمعين فلا أثر له في عدم نفوذ العزل ولهذا من عنده ودائع وعليه ديون خفية يجب عليه الوصية عند الموت بأدائها وله عزل الموصى اليه بذلك واستبداله. وأما المتصرف تصرفا خاصا بتفويض من ليس له ولاية عامة فنوعان أحدهما أن يكون المفوض له ولاية على ما يتصرف فيه كولي اليتيم وناظر الوقف فاذا عقد عقدا جائزا أو متوقع الانفساخ كالشركة والمضاربة والوكالة واجارة الوقف فانها لا تنفسخ بموته لأنه متصرف على غيره لا على نفسه وكذلك الوكيل اذا أذن له موكله أن يوكل فيكون وكيله وكيلا لموكله لا له . والثاني من يفوض حقوق نفسه فهذه وكالة محضة

﴿ القاعدة الثانية والستون ﴾

فيما ينعزل قبل العلم بالعزل، المشهور أن كل من ينعزل بموت أو عزل هل ينعزل بمجرد ذلك؟ أم يقف عزله على علمه على روايتين . وسواء في ذلك الوكيل وغيره والاذن للزوجة أو العبد فيما لا يملكانه بدون اذن اذا وجد بعده نهي لم يعلماه مخرج على الوكيل ذكره القاضي وكذلك إذن المرتهن للراهن في التصرف اذا منع منه قبل تصرف الراهن ولم يعلم ومن الأصحاب من فرق بين

الوكيل وغيره ودخل فى هذا صور :

منهـــا الحاكم اذا قيل بانعزاله قال القاضى وأبو الخطاب فيه الخلاف الذى فى الوكيل . وفى التلخيص لاينعزل قبل العلم بغير خـلاف ورجحه الشيخ تقى الدين لأن فى(١) ولايته حقا لله وان قيل انه وكيل فهو شبيه بنسخ الاحـكام لايثبت قبل بلوغ الناسخ على الصحيح بخـلاف الوكالة المحضة . قال: هذا هو المنصوص عن أحمد وأيضا فان ولاية القاضى عامة لما يترتب عليها من عموم العقود والفسوخ فتعظم البلوى بابطالها قبل العلم بخلاف الوكالة

ومنهـــا عقود المشاركات كالشركة والمضاربة، والمشهور أنهـا تنفسخ قبل العـلم كالوكالة وقد ذكرنا عن ابن عقيل فيما سبق فى المضاربه أنها لاتنفسخ بفسخ المضارب حتى يعلم رب المال

ومنهـــا الوديعة وقد ذكر القاضى فى مواضع كثيرة من خلافه ان للمودع فسخها بالقول فى غيبة المودع وتنفسخ قبل عـلم المودع بالفسخ وتبقى فى يده أمانة كمن أطارت الريح الى بيته ثوبا لغيره، ثم إنه ذكر فى مسألة الوكالة أن الوديعة لايلحقها الفسخ بالقول وانما تنفسخ بالرد الى صاحبها أو بان يتعدى المودع فيها فلو قال المودع بمحضر من رب الوديعة أو فى غيبته فسخت الوديعة أو أزلت نفسها عنها لم تنفسخ قبل أن يصل الى صاحبها ولم يضمنها . فاما أن يكون هذا تفريقا بين فسخ المودع والمودع أو يكون اختلافا منه فى المسألة والأول أشبه لأن فسخ المودع اخراج للمودع عن الاستحفاظ وهو يملكه وأما المودع فليـس له فيها تصرف سوى الامساك والحفظ فلا يصح أن يرفعه مع وجوده ويلتحق بهذه القاعدة

﴿ القاعدة الثالثة والستون ﴾

وهى أن من لايعتبر رضاه لفسخ عقد أو حله لايعتبر علمه به ويندرج تحت ذلك مسائل :

منها الطـــلاق . ومنها الخـلع فانه يصح مع الأجنبى على المذهب سـواء قيـل هو فسخ أو طلاق ولنا وجـه آخر أنه لايصح مع الأجنبى اذا قلنا انه فسخ كالأقالة والصحيح خلافه لأن فسخ البيع اللازم لايستقل به أحد المتبايعين بخلاف النكاح فان الزوج يستقل بازالته بالطلاق . ومنها العتق ولو كان على مال نحو اعتق عبدك عنى وعلى ثمنه . ومنهـــا فسخ المعتقة تحت عبد . ومنها فسخ المبيع المعيب والمدلس وكذلك الاجارة . ومنهـــا فسخ العقود الجائزة بدون علم الآخر

(١) سقط مابعد هذا الى أثناء القاعدة السابعة والستين فى نسخة ٧١٢ فى ٧١١ أخرى وكتبت كلمة « اخرى » بعد عنوان القاعدة وقبل كلمة هى

وقد سبقت. ومنها الفسخ بالخيار يملكه من يملك الخيار بغير علم الآخر عند القاضى والا كثرين وخرج أبو الخطاب فيها وجها آخر أنه لا ينفسخ الا أن يبلغه فى المدة من عزل الوكيل وفيه نظر فان من له الخيار يتصرف بالفسخ لنفسه ، وهذه الفسوخ على ضربين: احدهما ما هو مجمع على ثبوت أصل الفسخ به فلا يتوقف الفسخ به على حاكم كسائر ما ذكرنا : والثانى ما هو مختلف فيه كالفسخ بالعنة والعيوب فى الزوج وغيبته ونحو ذلك فيفتقر الى حكم حاكم لأنها أمور اجتهادية فان كان الخلاف ضعيفا يسوغ نقض الحكم به لم يفتقر الفسخ به الى حكم حاكم ويتفرع على ذلك أخذ بائع المفلس سلعته اذا وجدها بعينها وفيه وجهان بناء على نقض الحكم بخلافه والمنصوص عن أحمد فى رواية اسماعيل بن سعيد أنه له ذلك ، وكذلك تزوج امرأة المفقود فان فى توقف فسخ نكاحها على الحاكم روايتين . قال فى رواية ابن منصور تتزوج وان لم تأت السلطان وأحب الى أن تأتيه ولعله رأى الحكم بخلافه لا يسوغ لأنه اجماع عمر والصحابة . ورجح الشيخ تقى الدين أن جميع الفسوخ لا تتوقف على حاكم

﴿ القاعدة الرابعة والستون ﴾

من توقف نفوذ تصرفه أو سقوط الضمان أو الحنث عنه على الاذن فتصرف قبل العلم به ثم تبين أن الاذن كان موجودا هل يكون كتصرف المأذون له أولا فى المسألة وجهان تتخرج عليهما صور :

منها لو تصرف فى مال غيره بعقد أو غيره ثم تبين أنه كان أذن له فى التصرف هل يصح أم لا فيه وجهان .

ومنها لو قال لزوجته ان خرجت بغير اذنى فانت طالق ثم أذن لها ولم تعلم باذنه فخرجت فهل تطلق فيه وجهان . وأشهرهما ـ وهو المنصوص ـ أنها تطلق لأن المحلوف عليه قد وجد وهو خروجها على وجه المشاقة والمخالفة فانها اقدمت على ذلك ولأن الاذن هنا أباحة بعد حظر فلا يثبت فى حقها بدون علمها كاباحة الشرع، ولأبى الخطاب فى الانتصار طريقة ثانية وهى أن دعواه الاذن غير مقبولة لوقوع الطلاق فى الظاهر فلو أشهد على الاذن لنفعه ذلك ولم تطلق وهذا ضعيف

ومنها لو أذن البائع للمشترى فى مدة الخيار فى التصرف فتصرف بعد الاذن وقبل العلم فهل ينفذ أم لا يتخرج على الوجهين فى التوكيل وأولى وجزم القاضى فى خلافه بعدم النفوذ

ومنها لو غصب طعاما من انسان ثم أباحه له المالك ثم أكله الغاصب غير عالم بالاذن

ضمن ذكره أبو الخطاب فى الانتصار وهو بعيد جدا والصواب الجزم بعدم الضمان لأن الضمان لايثبت بمجرد الاعتقاد فيما ليس بمضمون كمن وطىء امرأة يظنها أجنبية فتبينت زوجته فانه لامهر عليه ولا عبرة باستصحاب أصل الضمان مع زوال سببه كما أنه لو أكل فى الصوم يظن الشمس لم تغرب فتبين أنها كانت غربت فانه لايلزمه القضاء ويلتحق بهذه

(القاعدة الخامسة والستون)

وهى من تصرف فى شىء يظن انه لايملكه فتبين أنه كان يملكه . وفيها الخلاف ايضا ويندرج تحتها صور:

منهـــا لو باع ملك ابيه بغير اذنه ثم تبين أن اباه كان قد مات ولا وارث له وفى صحة تصرفه وجهان ويقال روايتان (١)

ومنها لو طلق امرأة يظنها اجنبية فتبينت زوجته ففى وقوع الطلاق روايتان ، وبناهما ابو بكر على ان الصريح هل يحتاج الى نية ام لا؟ قال القاضى إنما هذا الخلاف فى صورة الجهل بأهلية المحل ولا يطرد مع العلم به

ومنها لو لقى امرأة فى الطريق فقال تنحى ياحرة فاذاهى امته وفيها الخلاف ايضا . ونص احمد على ذلك وفى المغنى احتمال بالتفريق لأن هذا يقال كثيرا فى الطريق ولا يراد به العتق . وهذا مع اطلاق القصد فاما ان قصد به المدح بالعفة ونحوها فليست من المسألة بشىء ويتنزل الخلاف فى هذا على [أن] الرضا بغير المعلوم هل هو رضى معتبر والأظهر عدم اعتباره

ومنها لو ابرأه من مائة درهم مثلا معتقدا انه لا شىء له [عليه] ثم تبين أنه كان له فى ذمته مائة درهم وفيها الوجهان

ومنها لو جرحه جرحا لاقصاص فيه فعفا عن القصاص وسرايته ثم سرى الى نفسه فهل يسقط القصاص . يخرج على الوجهين أشار الى ذلك الشيخ مجدالدين فى تعليقه على الهداية وبناه على أن القصاص هل يجب للميت أو لورثته كالدية، وجزم القاضى وغيره بأنه لا يصح العفو ههنا

ومنها لو تزوجت امرأة المفقود قبل الزمان المعتبر ثم تبين أنه كان ميتا قبل ذلك بمدة تنقضى فيها العدة أو انه كان طلقها ففى صحة النكاح الوجهان ذكره القاضى ورجح صاحب المغنى عدم الصحة هنا لفقد شرط النكاح فى الابتداء كما لو تزوجت المرتابة قبل زوال الريبة

ومنها لو أمره غيره باعتاق عبد يظن انه للآمر فتبين أنه عبده ففى التلخيص يحتمل تخريجه على من

(١) فى الاصل روايتين

أعتق عبداً فى ظلمة ثم تبين أنه عبده لكن يرجع هنا على الآمر بالقيمة لتغريره له . ويحتمل أن لا ينفذ لتغريره بخلاف ما اذا لم يغره أحد فانه غير معذور فينفذ عتقه لمصادفته ملكه اذ المخاطبة بالعتق لعبد غيره شبيه بعتق الهازل والمتلاعب فينفذ ، وكذلك فى الطلاق ونظير هذه فى الطلاق أن يوكله شخص فى تطليق زوجته ويشير الى امرأة معينة فيطلقها ظانا أنها امرأة الموكل ثم تبين انها امرأته. وقد تخرج هذه المسئلة على مسألة ما اذا نادى امرأة له فأجابته(١) امرأته الأخرى فطلقها ينوى المناداة فانه تطلق المناداة وحدها ولا تطلق المواجهة فى الباطن وفى الظاهر روايتان ، فعلى هذا لا تطلق الموكل فى طلاقها هنا وقد يفرق بينهما بان الطلاق هنا انصرف الى جهة مقصودة فلم يحتج الى صرفه الى غير المقصودة وان كانت مواجهة به بخلاف ما اذا لم يكن هناك جهة سوى المواجهة فان الطلاق يصير يصرفه (٢) عنها هزلا ولعبا ولا هزل فى الطلاق

ومنها لو اشترى آبقا يظن انه لا يقدر على تحصيله فبان بخلافه ففى صحة العقد وجهان لاعتقاده فقد شرط الصحة وهو موجود فى الباطن وفى المغنى احتمال ثالث بالفرق بين من يعلم أن البيع يفسد بالعجز عن تسليم المبيع فيفسد البيع فى حقه لأنه متلاعب ، وبين من لا يعلم ذلك فيصح لأنه لم يقدم على ما يعتقده باطلا وقد تبين وجود شرط صحته . وهذا يبين أن للمسألة التفاتا إلى مسئلة بيع الهازل والمشهور بطلانه وهو قول القاضى . وقال ابو الخطاب فى انتصاره هو صحيح وهذا يرجح وجه بطلان البيع فى المسائل المبدوء بها

﴿ القاعده السادسة والستون ﴾

ولو تصرف مستندا الى سبب ثم تبين خطؤه فيه وان السبب المعتمد غيره وهو موجود فهو نوعان : أحدهما أن يكون الاستناد الى ما ظنه صحيحا أيضا فالتصرف صحيح مثل أن يستدل على القبلة بنجم يظنه الجدى ثم تبين أنه نجم آخر مسامته : والثانى أن لا يكون ماظنه مستندا [استنادا] صحيحاً مثل ان يشترى شيئاً ويتصرف فيه ثم تبين ان الشراء كان فاسداً وانه ورث تلك العين فان قلنا فى القاعدة الأولى بالصحة فهنا أولى ، وان قلنا ثم بالبطلان فيحتمل هنا الصحة لانه استند إلى سبب مسوغ وكان فى نفس الامر له مسوغ غيره فاستند التصرف الى مسوغ فى الباطن والظاهر بخلاف القسم الذى قبله ذكره الشيخ تقى الدين [رحمه الله] والمذهب هنا الصحة بلاريب لأن اصحابنا اختلفوا فيما اذا وهب الغاصب المغصوب من

(١) فى الاصل فأجابه (٢) كذا فى الاصل ولعلها يصير صرفه عنها

مالكه واقبضها اياه هل يبرأ به أم لا وحكى فيه ابن ابى موسى روايتين والمشهور انه لا يبرأ نص عليه احمد معللا بانه يحمل منته وربما كافأه على ذلك واختار القاضى فى خلافه وصاحب المغنى انه يبرأ لان المالك تسلمه تسليما تاما وعادت سلطنته اليه فبرىء [الغاصب] بخلاف ما اذا قدمه اليه فأكله فانه أباحه اياه ولم يملكه [إياه] فلم يعد الى سلطنته وتصرفه ولهذا لم يكن له التصرف فيه بالبيع والهبة وهذا اتفاق من احمد وأصحابه على ان تصرفات المالك تعود اليه بعود ملكه على طريق الهبة من الغاصب وهو لا يعلم بالحال

﴿ القاعدة السابعة والستون ﴾

من استحق الرجوع بعين أو دين بفسخ أو غيره وكان قد رجع اليه ذلك الحق بهبة أو إبراء ممن يستحق عليه الرجوع فهل يستحق الرجوع ببدله أم لا؟ فى المسئلة وجهان ولها صور :

منها باع عينا ثم وهب ثمنها للمشترى أو أبرأه منه ثم بان بها عيب يوجب الرد فهل له ردها والمطالبة بالثمن أم لا على وجهين. وكذا لو أبرأه من بعض الثمن فهل له المطالبة بقدر ما أبرأه منه على الوجهين، واختار القاضى فى خلافه أنه اذا رده لم يرجع عليه بشىء مما أبرأه منه ويتخرج التفريق بين الهبة والابراء فيرجع بالهبة دون الابراء وسنذكر اصله ولو ظهر هذا المبيع [معيبا] بعد أن تعيب عنده فهل له المطالبة بأرش العيب فيه طريقان احدهما يخرجه على الخلاف فى رده والاخرى يمنع المطالبة هنا وجهاً واحدا وهو اختيار ابن عقيل لأنه صار منه تبرعا فلا يملك المطالبة بزيادة عليه لئلا تجتمع له المطالبة بالثمن وبعض الثمن بخلاف ما اذا رده فانه لا يجتمع له ذلك

ومنها لو تقايلا فى العين بعد هبة ثمنها أو الابراء منه

ومنها لو أصدق زوجته عينا فوهبتها منه ثم طلقها قبل الدخول فهل يرجع عليها ببدل نصفها على روايتين، فان قلنا يرجع فهل يرجع اذا كان الصداق دينا فابرأته منه على وجهين اصحهما لا يرجع لأن ملكه لم يزل عنه

ومنها لو كاتب عبده ثم أبرأه من دين الكتابة وعتق فهل يستحق المكاتب الرجوع عليه بما كان له عليه من الايتاء الواجب أم لا؟ من الاصحاب من خرجها على الخلاف وضعف صاحب المغنى ذلك لأن اسقاطه عنه يقوم مقام إيتائه . ولهذا لو أسقط عنه القدر الواجب إيتاؤه واستوفى الباقى لم يلزمه أن يؤتيه شيئاً، وأيضاً فالسيد أسقط عن المكاتب ما وجد سبب إيتائه اياه فقام مقام الايتاء بخلاف اسقاط المرأة الصداق قبل الطلاق

ومنها لو شهد شاهدان بمال لزيد على عمرو ثم رجعا وقد قبضه زيد من عمرو ثم وهبه له لم يسقط عنهما الضمان، ولو كان دينا فأبرأه منه قبل قبضه ثم رجعا لم يلزمهما شيء ذكره القاضي في خلافه ولم يخرجه على الخلاف في المسائل الأولى لأن الضمان لزمهما بوجود التغريم وعود العين الى الغارم من المحكوم له بهبة لا يوجب البراءة كما لا يبرأ الغاصب بمثل ذلك في الرد الى المغصوب منه لتحمل منته نعم يتخرج القول بسقوط الضمان هنا اذا قلنا ببراءة الغاصب باعادة المال الى المغصوب منه هبة لأنهما اعترفا بأنه قبضه عدوانا ثم رده اليه هبة، وأما اذا أبرأه منه قبل القبض فلم يترتب على شهادتهما غرم فلذلك سقط عنهما الضمان

ومنها لو قضى الضامن الدين ثم وهبه الغريم ما قضاه بعد قبضه فهل يرجع على المضمون عنه ظاهر كلام الاصحاب انه لا يرجع. ولهذا قالوا لو قضى الدين بنقيضه لم يرجع الا بما قضى وجعلوه كالمقرض لا يرجع الا بما غرم لكن هذا في الابراء والمسامحة ظاهر فأما ان قضى الدين لكماله ثم وهبه الغريم منه فلا يبعد تخريجه على الوجهين

﴿ القاعدة الثامنة والستون ﴾

ايقاع العبادات أو العقود أو غيرهما مع الشك في شرط صحتها هل يجعلها كالمعلقة على تحقيق ذلك الشرط أم لا؟ هي نوعان: أحدهما ما يشترط فيه النية الجازمة فلا يصح ايقاعه بهذا التردد ما لم يكن الشك غلبة ظن تكفي مثله في إيقاع العبادة أو العقد كغلبة الظن بدخول الوقت وطهارة الماء والثوب ونحو ذلك. ومن أمثلة ذلك اذا صلى يظن نفسه محدثا فتبين متطهراً

ومنها لو شك هل ابتدأ [مدة] مسح الخفين في السفر أو الحضر فمسح يوما آخر بعد انقضاء مدة الحضر ثم تبين انه ابتدأها في السفر لزمه اعادة الصلاة بالشك وهل يلزمه اعادة الوضوء فيه وجهان: أحدهما لا يلزمه وبه جزم في المغني لأن الوضوء يصح مع الشك في سببه كمن شك في الحدث فتوضأ ينوي رفعه ثم تبين محدثا. والثاني يلزمه لأن المسح رخصة ولم تتحقق إباحتها فلم يصح كمن قصر وهو يشك في جواز القصر

ومنها [لو توضأ من اناء مشتبه ثم تبين انه طاهر لم تصح طهارته في المشهور وقال القاضي أبو الحسين يصح وهو يرجع الى أن الجزم بصحة الوضوء لا يشترط كما سبق](١) ومنها لو توضأ شاكا في الحدث أو صلى مع غلبة ظنه بدخول الوقت ونوى الفرض ان كان محدثا أو الوقت قد دخل وإلا

(١) ما بين الأقواس عن ٧١١

فالتجديد أو النفل ، فذكر ابن عقيل انه يجزئه لأن هذا حكمه ولو لم ينوه ، فاذا نواه لم يضره .

ومنها لو كان له مال حاضر وغائب فأدى زكاة ونوى أنها عن الغائب إن كان سالما والا فتطوع فبان سالما أجزأه لما ذكرنا وحكى عن أبى بكر أنه لايجزئه لأنه لم يخلص النية عن الفرض . ويتخرج منه وجه فى التى قبلها أنه لايصح وأولى لأن هناك لم يبن على أصل مستصحب ولكنه بنى على غلبة ظن بدخول الوقت وهو يكفى فى صحة الصلاة

ومنها إذا نوى ليلة الشك إن كان غدا من رمضان فهو فرضى(١) وإلا فهو نفل . فهل يجزئه عن رمضان ان وافق ، ينبنى على أن نية التعيين هل تشترط لرمضان فان قلنا تشترط وهو المشهور فى المذهب لم يجزئه لأنه لم يجزم بالتعيين ولم يبن على أصل مستصحب يجوز الصيام فيه بخلاف مسئلة الزكاة وهذا بخلاف مالو نوى ليلة الثلاثين من رمضان إن كان غدا من رمضان فأنا صائم عنه وإلا فانا مفطر فانه يصح صيامه فى أصح الوجهين لأنه بنى على أصل لم يثبت زواله ولا يقدح تردده لأنه حكم صومه مع الجزم . والثانى وهو قول أبى بكر لايجزئه للتردد ، ونقل صالح عن أبيه أنه يجزئه النية المترددة مع الغيم دون الصحو لأن الصوم مع الغيم لايخلو من تردد ينافى الجزم فاذا ترددت النية فقد نوى حكم الصوم فلا يضره بخلاف حالة الصحو فانه لايحتاج فيها إلى التردد . والنوع الثانى مالايحتاج الى نية جازمة فالصحيح فيه الصحة وقد سبق من أمثلته اذا نكحت امرأة المفقود قبل أن يجوز لها النكاح ثم تبين أنه كان جائزا ففى الصحة وجهان

ومنهـــا لو كان عند رجل دنانير وديعة فصارفه عليها وهو يجهل بقاءها ففيه وجهان : احدهما وهو قول القاضى فى المجرد لا يصح لأنها ليست تالفة فتكون مصارفة عليها وهى فى الذمة ولا حاضرة فتكون مصارفة على عين ، والثانى وهو قول ابن عقيل أنه يصح لأن الاصح بقاؤها فصار كبيع الحيوان الغائب بالصفة فانه يصح مع احتمال تلفه لأن الأصل بقاؤه قال ابن عقيل فان كانت باقية تقابضا وصح العقد وان كانت تالفة تبين بطلان العقد ،وهذا الذى قاله صحيح اذا تلفت بغير تفريط فاما ان تلفت تلفاً مضمونا فى الذمة فينبنى على تعيين النقود بالتعيين فان قلنا يتعين لم يصح العقد وإلا صح وقامت الدنانير التى فى الذمة مقام الوديعة لا (٢) على الوجه الذى يشترط فيه للصرف التعيين فلا يصح على مافى الذمة

ومنهـا لو وكله فى شراء جارية فاشتراها له ثم جحد الموكل الوكالة فاراد الوكيل أن يشتريها منه فلم يعترف بالملك ثم قال له ان كنت أذنت لك فى شرائها فقد بعتكها فهل يصح أم لا على

(١) كذا بالاصل ولعلها فرض (٢) فى ٧١١ : الا

وجهين أحدهما لا يصح لأن البيع لا يصح تعليقه وهو قول القاضي وابن عقيل . والثانى يصح ذكره فى الكافى احتمالا لأنه تعليق على شرط واقع يعلمانه فلا يؤثر ذكره فى العقد كما او قال بعتك هذه إن كانت جارية ويشهد له نص احمد فى رواية ابن منصور بصحة بيع الغائب ان كان سالما فان هذا مقتضى اطلاق العقد فلا يضر تعليق البيع [عليه]

ومنها الرجعة فى عقد نكاح شك فى وقوع الطلاق فيه قال اصحابنا هى رجعة صحيحة رافعة للشك وهى المسالة التى افتى فيها شريك بأنه يطلق ثم يراجع ومأخذه أن الرجعة مع الشك فى الطلاق يصيرها كالمعلقة على شرط ولا يصح تعليقها فلا يصح تمثيل قوله بمن شك فى نجاسة ثوبه فأمر بتنجيسه ثم يغسله و كذلك لم يصب من أدخل قوله فى أخبار المغفلين فان مأخذه فى ذلك خفى عنه فأما الرجعة مع الشك فى حصول الاباحة بها كمن طلق وشك هل طلق ثلاثا أو واحدة ثم راجع فى العدة فيصح عند أكثر أصحابنا ههنا لأن الأصل بقاء النكاح وقد شك فى انقطاعه [والرجعة استيفاء له فصح مع الشك فى انقطاعه] وعند الخرقى لا يصح لأنه قد تيقن سبب التحريم وهو الطلاق فانه ان كان ثلاثا فقد حصل التحريم بدون زوج واصابة وان كان واحدة فقد حصل به التحريم بعد البينونة بدون عقد جديد فالرجعة فى العدة لا يحصل بها الحل الا على هذا التقدير فقط فلا يزول الشك مطلقا فلا يصح لأن تيقن سبب وجود التحريم مع الشك فى وجود المانع منه يقوم مقام تحقق وجود الحكم مع الشك فى وجود المانع فيستصحب حكم [وجود] السبب كما يعمل بالحكم ويلغى المانع المشكوك فيه كما يلغى مع تيقن وجود حكمه وقد استشكل كثير من الأصحاب كلام الخرقى فى تعليله بأنه تيقن التحريم وشك فى التحليل فظنوا أنه يقول بتحريم الرجعة وليس بلازم لما ذكرنا

ومنها او حكم حاكم فى مسئلة مختلف فيها بما يرى أن الحق فى غيره أثم وعصى بذلك ولم ينقض حكمه الا أن يكون مخالفاً لنص صريح ذكره ابن أبى موسى وقال السامرى بل ينقض حكمه لأن شرط صحة الحكم موافقة الاعتقاد . ولهذا لو حكم بجهل لنقض حكمه مع أنه لا يعتقد بطلان ما حكم به فاذا اعتقد بطلانه فهو بالرد اولى وللأصحاب وجهان فيما ينقض فيه حكم الجاهل والفاسق احدهما تنقض جميع احكامه لفقد أهليته وهو قول ابى الخطاب وغيره . الثانى تنقض كلها الا ما وافق الحق المنصوص والمجمع عليه وينقض ما وافق الاجتهاد لأنه ليس من أهله وهو اختيار صاحب المغنى ويشبه هذا القول فى الوصى الفاسق اذا قسم الوصية فان أعطى الحقوق لمستحق معين يصح قبضه لم يضمنه لأنه يجب ايصاله اليه وقد حصل وان كان لغير معين فوجهان

ومنها الحكم باسلام من اتهم بالردة إذا أنكر وأقر بالشهادتين فانه حكم صحيح وان حصل الترددفى مستنده هل هو الاسلام المستمر على ما يدعيه أو الاسلام المتجدد على تقدير صحة ما اتهم به . وقد قال الخرقى ومن شهد عليه بالردة فقال ما كفرت فان شهد أن لا إله الا الله وان محمداً رسول الله لم يكشف عن شيء قال فى المغنى لأن هذا يثبت به اسلام الكافر الاصلى فكذلك المرتد قال ولا حاجة فى ثبوت اسلامه الى الكشف عن صحة ردته ونقل محمد بن الحكم عن احمد فيمن أسلم من أهل الكتاب ثم ارتد فشهد قوم عدول أنه تنصر أو تهود وقال هو لم أفعل أنا مسلم قال اقبل قوله ولا أقبل شهادتهم وذكر كلاما معناه أن انكاره أقوى من الشهود وكذلك نقل عنه أبو طالب فى رجل تنصر فأخذ فقال لم أفعل قال يقبل منه وعلل بأن المرتد يستتاب لعله يرجع فيقبل منه فاذا أنكر بالكلية فهو أولى بالقبول وليس فى هذه الرواية أنه ثبت عليه الردة ولا فيها أنه وجد منه غير انكار الردة ، وأما مسألة محمد بن الحكم ففيها أنه قال أنا مسلم وذلك يحصل به الاسلام كالشهادتين وظاهر كلام احمد يدل على أن انكاره يكفي فى الرجوع الى الاسلام ولو ثبتت عليه الردة بالبينة وهو خلاف قول اصحابنا . وأما ان ثبت كفره باقراره عليه ثم أنكر ففى المغنى يحتمل أن لا يقبل انكاره وإن سلمنا فلأن الحد هنا وجب بقوله فيقبل رجوعه عنه بخلاف ما ثبت بالبينة كما فى حد الزنا

﴿ القاعدة التاسعة والستون ﴾

العقد الوارد على عمل معين إما ان يكون لازما ثابتا فى الذمة بعوض كالاجارة فالواجب تحصيل ذلك العمل ولا يتعين أن يعمله المعقود معه الا بشرط أو قرينة تدل عليه وأما إن يكون غير لازم وانما يستفاد التصرف فيه بمجرد الاذن فلا يجوز للمعقود معه أن يقيم غيره مقامه فى عمله الا باذن (١) صريح أو قرينة دالة عليه ويتردد بين هذين من كان تصرف بولاية إما ثابتة بالشرع كولى النكاح أو بالعقد كالحاكم وولى اليتيم اما الاول فله صور :

منها الاجير المشترك فيجوز له الاستنابة فى العمل لانه ضمن تحصيله لا عمله بنفسه واستثنى الأصحاب من ذلك أن يكون العمل متفاوتا كالفسخ فليس له الاستنابة فيه بدون إذن المستأجر صريحاً ونقلت من خط القاضى على ظهر جزء من خلافه قال نقلت من مسائل ابن ابى حرب الجرجانى (٢) سمعت أبا عبدالله سئل قال دفعت ثوبا الى خياط فقطعه ثم دفعه الى آخر ليخيطه قال هو

(١) بالاصل بالاذن والتصحيح عن ٧١٢م (٢) فى ٧١١ الجرجرائى

ضامن ولعل هذا فيما[اذا] دلت الحال على وقوع العقد فيه على خياطة المستأجر لجودة صناعته وحذقه وشهرته بذلك ولا يرضى المستأجر بعمل غيره والمذهب الجواز بدون القرينة وعليه بنى الاصحاب صحة شركة الابدان حتى أجازوها مع اختلاف الصنائع على أحد الوجهين وكذلك لو استأجر اجيرا لعمل وهو لا يحسنه ففى الصحة وجهان لأن العقد وقع على ضمان تسليم العمل وتحصيله لا على المباشرة

ومنها لو أصدقها عملا معلوما مقدراً بالزمان أو بغيره وقلنا يصح ذلك فهو كالأجير المشترك .

وأما الثانى وهو المتصرف بالأذن المجرد فله صور :

منهـا الوكيل وفى جواز توكيله بدون إذن روايتان معروفتان الا فيما اقتضته دلالة الحال مثل ن يكون العمل لا يباشره مثله اويعجز عنه لكثرته فله الاستنابة بغير خلاف لكن هل له الاستنابة فى الجميع أو فى القدر المعجوز عنه خاصة على وجهين والأول اختيار صاحب المغنى والثانى قول القاضى وابن عقيل

ومنها العبد المأذون له فيه وفيه طريقان : أحدهما أنه كالوكيل وهو المذكور فى الكافى لأنه استفاد التصرف بالاذن[فهو] كالوكيل . والثانى ليس له الاستنابة بدون إذن أو عرف بغير خلاف وهو ما ذكره فى التلخيص لقصور العبد فى أملاكه وتصرفاته فلا يملك التصرف بدون إذن أو قرينة

ومنها الصبى المأذون له وهو كالوكيل ذكره فى الكافى

ومنها الشريك والمضارب وفيهما طريقان : أحدهما ان حكمهما حكم الوكيل على الخلاف فيه وهى طريقة القاضى والأكثرين . والثانية يجوز لهما التوكيل بدون إذن وهو المجزوم به فى المحرر وكذلك رجحه ابو الخطاب فى رءوس المسائل لعموم تصرفهما وكثرته وطول مدته غالباً وهذه قرائن تدل على الاذن فى التوكيل فى البيع والشراء وكلام ابن عقيل يشعر بالتفريق بين المضارب والشريك فيجوز للشريك التوكيل لأنه علل بان الشريك استفاد بعقد الشركة ما هو دونه وهو الوكالة لأنها أخص والشركة أعم فكان له الاستنابة فى الأخص بخلاف الوكيل فانه استفاد بحكم العقد مثل العقد وهذا يدل على الحاق المضارب بالوكيل، وهذا الكلام فى توكيلهما فى البيع والشراء فاما دفع المضارب المال مضاربة الى غيره فلا يجوز بدون اذن صريح نص عليه احمد وعلل بانه انما ائتمنه على المال فكيف يسلمه الى غيره . وحكى فيه رواية أخرى بالجواز وأما الثالث وهو المتصرف بالولاية فمنه ولى اليتيم وفيه طريقان أحدهما أنه كالوكيل وهى طريقة القاضى وابن

عقيل وصاحب المغنى لأن تصرفه بالاذن فهو كالوكيل . والثانى أنه يجوز التوكيل بخلاف الوكيل ورجحه القاضى وابن عقيل أيضا فى كتاب الوصايا وأبو الخطاب وجزم به فى المحرر لأنه متصرف بالولاية وليس وكيلا محضاً فانه يتصرف بعد الموت بخلاف الوكيل ولأنه يعتبر عدالته وأمانته وهذا شأن الولايات ولأنه لا يمكنه الاستئذان أو تطول مدته ويكثر تصرفه بخلاف الوكيل هذا فى توكيله فاما فى وصيته إلى غيره ففيها روايتان منصوصتان واختار المنع ابو بكر والقاضى

ومنها الحاكم هل له أن يستنيب غيره من غير أذن له فى ذلك وفيه طريقان : أحدهما طريق القاضى فى المجرد والخلاف انه كالوكيل على ما مر فيه . والثانى وهو طريق القاضى فى الاحكام السلطانية وابن عقيل وصاحب المحرر ان له الاستخلاف قولا واحداً ونص عليه احمد فى رواية مهنا بناء على أن القاضى ليس بنائب للامام بل هو ناظر للمسلمين لا عمن ولاه ولهذا لا يعزل بموته ولا بعزله على ما سبق فيكون حكمه فى ولايته حكم الامام بخلاف الوكيل ولأن الحاكم يضيق عليه تولى جميع الأحكام بنفسه ويؤدى ذلك إلى تعطيل مصالح الناس العامة فأشبه من وكل فيما لا يمكنه مباشرته عادة لكثرته ومنه ولى النكاح فان كان مجبراً فلا إشكال فى جواز توكيله لأن ولايته ثابتة شرعا من غير جهة المرأة ولذلك لا يعتبر معه اذنها وإن كان غير مجبر ففيه طريقان أحدهما انه كالوكيل وهى طريقة القاضى لأنه متصرف بالاذن . والثانى [أنه] يجوز له التوكيل قولا واحدا وهو طريق صاحب المغنى والمحرر لأن ولايته ثابتة بالشرع من غير جهة المرأة فلا تتوقف استنابته على اذنها كالمجبر وانما افترقا على اعتبار اذنها فى صحة النكاح ولا أثر له ههنا

﴿ القاعدة السبعون ﴾

الفعل المتعدى إلى مفعول أو المتعلق بظرف أو مجرور إذا كان مفعوله أو متعلقة عاما فهل يدخل الفاعل الخاص فى عمومه أم يكون ذكر الفاعل قرينة مخرجة له من العموم أو يختلف ذلك بحسب القرائن فيه خلاف فى المذهب ، والمرجح فيه التخصيص الا مع التصريح بالدخول أو قرائن تدل عليه و تترتب على ذلك صور متعددة :

منها النهى عن الكلام والامام يخطب لا يشمل الامام على المذهب المشهور

ومنها الأمر باجابة المؤذن هل يشمل المؤذن نفسه المنصوص ههنا الشمول والارجح عدمه طرداً للقاعدة

ومنها اذا أذن [السيد] لعبده فى التجارة لم يملك أن يؤجر نفسه ، وللمنع مأخذ آخر وهو أن

المنافع ليست من أموال التجارة ذكره القاضى

ومنها إذا أذن السيد لعبده أن يعتق عن كفارته من رقيق السيد لم يملك أن يعتق نفسه وخرجها ابو بكر على وجهين وهذا يتمشى على طريقته وطريقة ابن حامد والمتقدمين أن تكفير العبد بالمال لا ينبنى على ملكه بالتمليك بل يكفر به إذن السيد وان لم يملكه ، والا فلو ملك نفسه لا نعتقت عليه قهراً ولم تجزئه عن الكفارة

ومنها هل يكون الرجل مصرفا لكفارة نفسه فى المسئلة روايتان ثم من الأصحاب من يحكيهما فى غير كفارة الجماع فى رمضان لورود النص فيها ، ومنهم من حكاها فى الجميع وجعل ذلك خصوصاً للاعرابى وأسقاط الكفارة عنه لعجزه وكونها لا تفضل عنه (١) واختلفوا فى محل الخلاف فقيل هو اذا كفر الغير عنه باذنه هل يجوز له أن يصرفها إليه ام لا بناء على ان التكفير من الغير عنه لا يستلزم دخولها فى ملكه قبل ملك الفقير لها كما تقدم مثله فى العتق وقيل بل اذا تصدق عليه بها لفقره هل يجوز أن يأكلها وتكون كفارة أم لا وهى طريقة ابن أبى موسى

ومنها هل يكون الرجل مصرفا لزكاته اذا أخذ الساعى منه فقد برئت ذمته منها فله ن يعيدها اليه بعد ذلك ، هذا هو المنصوص عن احمد واختيار القاضى لأن عودها اليه ههنا [بسبب] متجدد فهو كارثه لها ولا نقول انه قبضها عن زكاة ماله لأنه برىء من زكاة ماله بقبض الساعى وانما يأخذها من جملة الصدقات المباحة له ، وقال ابو بكر مذهب احمد لا يحل له أخذها ذكره فى زكاة الفطر وعلل بأنها طهرة فلا يجوز ان يتطهر بما قد تطهر به وهكذ الخلاف فى رد الامام خمس الفىء والغنيمة على من أخذها منه وأما اسقاطها قبل القبض فلا يجوز لأن الابراء من الدين لا يسقط الزكاة ولا الخمس بل يجب فيها القبض بخلاف الخراج والعشر المأخوذ من تجار أهل الكتاب لأنه فىء فيجوز للامام إسقاطه عمن هو واجب عليه اذا رأى فيه المصلحة وكذلك خمس الركاز اذا قيل هو فىء

ومنها هل يكون الواقف مصرفا لوقفه كما إذا وقف [شيئا] على الفقراء ثم افتقر فانه يدخل على

(١) يشير إلى ما ورد فى حديث ابى هريرة انه قال جاء رجل الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال هلكت يارسول الله قال وما اهلكك قال وقعت على امرأتى فى رمضان قال هل تجد ما تعتق به رقبة قال لا قال فهل تستطيع أن تصوم شهرين متتابعين قال لا قال فهل تجد ما تطعم به ستين مسكيناً قال لا ثم جلس فاتى النبي بفرق فيه تمر فقال تصدق بهذا فقال أعلى افقر منى فما بين لابتيها اهل بيت احوج اليه مناقال فضحك النبي حتى بدت انيابه ثم قال اذهب فاطعمه أهلك

الأصح ونص عليه احمد فى رواية المروذى وكذلك لو انقطع مصرف الوقف وقلنا يرجع إلى أقاربه وقفاً وكان الواقف حياً هل يرجع اليه على روايتين حكاهما ابن الزاغونى فى الاقناع وجزم ابن عقيل فى المفردات بدخوله، وكذلك لو وقف على أولاده وأنسابهم [لهم] أبداً على أنه من توفى منهم عن غير ولد رجع نصيبه إلى أقرب الناس اليه فتوفى أحد أولاده عن غير ولد والأب الواقف حى فهل يعود نصيبه اليه لكونه أقرب الناس اليه أم لا يخرج على ما قبلها والمسئلة ملتفتة الى دخول المخاطب فى خطابه

ومنها الوكيل فى البيع هل له الشراء من نفسه فيه روايتان معروفتان وللمنع مأخذان: أحدهما التهمة وخشية ترك الاستقصاء فى الثمن، والثانى أن سياق التوكيل فى البيع يدل على اخراجه من جملة المشترين لأنه جعله بائعا فلا يكون مشترياً، وهذان المأخذان ذكرهما القاضى وغيره والثالث أنه لا يجوز أن يتولى طرفى العقد واحد بنفسه ويأخذ باحدى يديه من الأخرى فاذا وكل رجلا يشترى له منه جاز نقل ذلك حنبل عن أحمد فعلى المأخذ الأول لا يجوز له البيع ممن يتهم بمحاباة ايضاً وهو ممن لا تقبل شهادته له، ومنهم من خصه بمن له عليه ولاية وهو ولده الصغير دون من لا ولاية له عليه وهى طريقة القاضى فى المجرد وابن عقيل وصاحب المغنى، وعلى الثانى والثالث يجوز له البيع من غيره إذا كان اهلا للقبول، ويجوز على المأخذ الثالث ايضا ان يوكل من يشترى له لاندفاع محذور ايجاد الموجب والقابل، وان وكل من يبيع السلعة ويشتريها هو فذكر ابن ابى موسى أنه إن كان مأذوناً له فى التوكيل فى البيع جاز الشراء من وكيله قولا واحداً بناء على أن هذا الوكيل الثانى وكيل الموكل الأول فكأنه اشترى السلعة من مالكها، وإن كان لم يأذن له فى التوكيل انبنى على جواز توكيله بدون إذن فان أجزناه صح البيع وإلا فلا فيحتمل أن يكون مأخذ الصحة أن الوكيل الثانى وكيل للموكل الاول، ويدل عليه تعليله بذلك فى صورة الاذن فى مسئلة النكاح ويحتمل أن يعتبر التوكيل لئلا يتحد الموجب والقابل مع أن هذا منتقض بالأب فى مال ولده الطفل، وأما رواية الجواز فاختلف فى حكاية شروطها على طرق أحدها أنه يشترط الزيادة على الثمن الذى ينتهى اليه الرغبات فى النداء وفى اشتراط أن يتولى النداء غيره وجهان وهى طريقة القاضى فى المجرد وابن عقيل والثانى أن المشترط التوكيل المجرد كما هى طريقة ابن ابى موسى والشيرازى والثالث أن المشترط أحد أمرين إما أن يوكل من يبيعه على قولنا بجواز ذلك وإما الزيادة على ثمنه فى النداء وهى طريقة القاضى فى خلافه وأبى الخطاب، وأما ان باع الوكيل واشترط على المشترى ان يشركه فيه فهل يجوز ام لا على روايتين. احداهما يجوز نقلها ابو الحارث فى الوكيل يبيع ويستثنى

لنفسه الشركة أرجو ألا يكون به بأس والثانية تكره نقلها ابن منصور فى رجل يدفع اليه الثوب يبيعه فاذا باعه قال أشركنى فيه قال اكرههذا فاما أن اذن له الموكل فى الشراء من نفسه فانه يجوز قال كثير من الاصحاب رواية واحدة بخلاف النكاح وحكى الشيخ مجدالدين فيه وجها آخر بالمنع قال وهل يكون حضور الموكل وسكوته كاذنه يحتمل وجهين أشبههما بكلام احمد المنع، ونقل احمد ابن نصر الخفاف عن احمد فيمن له على رجل خمسون ديناراً فوكله فى بيع داره ومتاعه ليستوفى حقه فباعها بدراهم ليصارف نفسه ويأخذها بالدنانير لم يجز ولكن يبيعها ويستقضى ويأخذ حقه قال القاضى ظاهر كلامه أنه لا يجوز لهبيعها بغير جنس حقه ليستوفى منه لأن التهمة موجودة فى عقد الصرف لنفسه من نفسه، وانما أذن له فى الاستيفاء ولم يأذن له فى المصارفة فاذا باعها بجنس حقه فله الاستيفاء منها بالاذن لان يده كيد موكله فهو يقبض من يد غيره لنفسه لكن هذه العلة موجودة فى شراء الموكل من نفسه وكذلك حكى فى الخلاف فى المسئلتين روايتين وجعلها صاحب التلخيص رواية يجوز أن توكيل الوكيل فى ايفاء نفسه من جنس حقه خاصة وأنكر الشيخ مجد الدين ان يكون فيها دلالة على المنع مدة البيع بغير جنس الحق لاسيما ان كان جنس الحق غير نقد البلد وحمل قول احمد ببيعها على الدراهم التى هى الثمن وبنى ذلك على قولنا بمنع الوكيل من البيع من نفسه فأما على قولنا بجوازه فانه يجوز له ههنا مصارفة نفسه

ومنها شراء الوكيل لموكله من ماله وحكمه حكم شراء الوكيل من مال موكله ذكره ابن ابى موسى وغيره وفى مسائل ابن هانى عن احمد فيمن بعث إليه بدراهم ليشترى بها من بعض المواضع فبعث اليهم بما عنده وبالغ فى الاستقصاء قال بما لا يعجبنى أن يبعث اليهم بما عنده حتى يبين أنه قد بعث إليهم من المتاع الذى عنده

ومنها شراء الوصى من مال اليتيم وحكمه حكم شراء الوكيل وفيه روايتان منصوصتان ولم يذكر ابن ابى موسى فيه سوى المنع وكذلك حكم الحاكم وأمينه فى مال اليتيم ويتوجه التفريق بين الحاكم وغيره فان الحاكم ولايته غير مستندة إلى إذن فيكون عامة بخلاف من أسندت ولايته الى اذن من غيره فى التصرف فان اطلاق الاذن له يقتضى أن يتصرف مع غيره لا مع نفسه كما سبق وقد اعتمد القاضى على هذا الفرق بين تصرف الأب وغيره.

ومنها الوكيل فى نكاح امرأة ليس له أن يتزوجها لنفسه على المعروف من المذهب وقد ذكر ابن ابى موسى أنه ان اذن له الولى فى التوكيل فوكل غيره فزوجه صح وكذا ان لم يأذن له وقلنا للوكيل أن يوكل مطلقا فامامن له ولاية بالشرع كالولى والحاكم وأمينه فله إن يزوج نفسه وان قلنا ليس

لهم أن يشتروا من المال ذكره القاضى فى خلافه وفرق بان المال القصد منه الربح وهذا يقع فيه التهمة بخلاف النكاح فان القصد منه الكفاءة وحسن العشرة فاذا وجد ذلك صح والحق ايضاً الوصى بذلك ، وفيه نظر فان الوصى يشبه الوكيل لتصرفه بالاذن وسواء فى ذلك اليتيمة وغيرها صرح به القاضى فى ذلك وذلك حيث يكون لها اذن معتبر ومتى زوج احد من هؤلاء نفسه باذن المرأة من غير توكيل بل مباشرة لطرفى العقد ففى صحته روايتان وان وكل فى أحد الطرفين فقال اكثر الاصحاب يصح رواية واحدة وانكر ذلك ابن عقيل وقال متى قلنا لا يصح أن يتولاه بنفسه لم يصح عقد وكيله له لأن وكيله قام مقام نفسه واستثنى من ذلك الامام اذا أراد أن يتزوج امرأة ليس لها ولى فانه يتزوجها بولاية أحد نوابه لان نوابه نواب عن المسلمين لا عنه فيما يخصه .

ومنها اذا عمل أحد الشريكين فى مال الشركة عملا يملك الاستئجار عليه ودفع الأجرة فهل له ان يأخذ الأجرة أم لا؟ على روايتين (ومنها) الموصى اليه باخراج مال لمن يحج أو يغزو وليس له أن يأخذه ويحج به ويغزو نص عليه أحمد فى رواية أبى داود وقال هو متعد لأنه لم يأمره وهذا تصريح بان مأخذ المنع عدم تناول اللفظ له (ومنها) المأذون له أن يتصدق بمال هل له أن يأخذ منه لنفسه اذا كان من أهل الصدقة؟ المذهب أنه لا يجوز ونص عليه أحمد فى رواية ابن بختان وذكر فى المغنى احتمالين آخرين: أحدهما الجواز مطلقا . والثانى الرجوع الى القرائن فان دلت قرينة على الدخول جاز الأخذ أو على عدمه لم يجز ومع التردد يحتمل وجهين والجواز متخرج من مسألة شراء الوكيل وأولى إذ لا عوض ههنا ينبغى وهو أمين على المال يتصرف فيه بالمصلحة ولكن الاولى سد الذريعة لأن محاباة النفس لا يؤمن وعلى هذا فهل له أن يعطيه من لا تقبل شهادته له فيه وجهان: أشهرهما المنع والثانى الجواز اختاره صاحبا المغنى والمحرر (ومنها) اذا وكل غريمه أن يبرىء غرماءه لم يدخل فيهم بمطلق العقد فان سماه أو وكله وحده جاز ذلك كما قلنا فى البيع من نفسه على الأصح ذكره فى شرح الهداية وعزاه الى القاضى وابن عقيل قال والفرق على الوجه الآخر افتقار البيع الى الايجاب والقبول بخلاف الابراء

(ومنها) لو قال فى الأيمان ونحوها من التعليقات من دخل دارى أو قال من دخل دارك لم يدخل المتكلم فى الصورة الأولى ولا المخاطب بها فى الصورة الثانية ذكره القاضى وغيره

(ومنها) الأموال التى تجب الصدقة فيها شرعا للجهل بأربابها كالغصوب والودائع لا يجوز لمن هى فى يده الأخذ منها على المنصوص وخرج القاضى جواز الاكل له منها اذا كان فقيرا على الروايتين فى شراء الوصى من نفسه كذا نقله عنه ابن عقيل فى فنونه وأفتى به الشيخ تقى الدين فى

الغاصب الفقير اذا تاب وعلى المذهب يتخرج فى اعطاء من لا تقبل شهادته له الوجهان والمنصوص عن أحمد أنه لا يحابى به أصدقاءه بل يعطيهم أسوة غيرهم نقله عنه صالح وكذا نقل عنه المروذى اذا دفعها الى أقارب له محتاجين ان كان على طريق المحاباة لا يجوز وان كان لم يحابهم فقد تصدق ونقل عنه حرب اذا كان له اخوان محاويج قد كان يصلهم أيجوز له أن يدفعها اليهم فكأنه استحب أن يعطى غيرهم وقال لا يحابى بها أحدا والظاهر أنه جعل اعطاءهم مع اعتبار صلتهم محاباة فكذلك استحب العدول عنهم بالكلية

تنبيه — لو وصى لعبده بثلث ماله دخل فى الوصية ثلث العبد نفسه فيعتق عليه نص عليه ويكمل عتقه من باقى الوصية لأن ماله للوصية مشروط بعتقه فكذلك دخل فى عموم المال الموصى به ضرورة صحة الوصية له

﴿القاعدة الحادية والسبعون﴾

فيما يجوز الاكل منه من الأموال بغير إذن مستحقيها وهى نوعان : مملوك تعلق به حق الغير ومملوك للغير . فاما الأول فهو مال الزكاة فيجوز الأكل مما تتوق اليه الانفس ويشق الانكفاف عنه من الثمار بقدر مايحتاج اليه من ذلك ويطعم الأهل والضيفان ولا يحتسب زكاته وكذلك يجب على الخارص أن يدع فى خرصه الثلث أو الربع بحسب مايقتضيه الحال من كثرة الحاجة وقلتها كما دلت عليه السنة فان استبقيت ولم تؤكل رطبة رجع عليهم بزكاتها ، وأما الزروع فيجوز الأكل منها بقدر ماجرت العادة بأكله فريكا ونحوه نص عليه وليس له الاهداء منها وخرج القاضى فى الأكل منها وجهين من الأكل من الزروع التى ليس لها حافظ . وأما الثانى فينقسم الى ماله مالك معين والى ماله مالك غير معين فاما ماله مالك غير معين كالهدى والأضاحى فيجوز لمن هى فى يده وهو المهدى والمضحى أن يأكل منها ويدخر ويهدى كما دلت عليه السنة، وهل يجوز أكل أكثر من الثلث أم لا على وجهين أشهرهما الجواز ، وهل المستحب أن يقسم الهدى أثلاثا كالأضاحى أو يتصدق به كله او بما يأكله منه على وجهين . واما ماله مالك معين فنوعان أحدهما أن يكون له عليه ولاية فان كانت الولاية عليه لحفظ نفسه كالرهن فانه يجوز له الأكل مما بيده اذا كان داراً والانتفاع بظهره إذا كان مركوبا لكن بشرط أن يعاوض عنه بالنفقة وإن كانت الولاية لمصلحة المولى عليه فالمنصوص جواز الاكل منه أيضا بقدر عمله ويتخرج على ذلك صور :

منها ولى اليتيم يأكل مع الحاجة بقدر عمله وهل يرده إذا أيسر على روايتين واختار ابن عقيل

أنه يأ كل مع الحاجة وعدمها ولو فرض له الحاكم شيئا جاز له أخذه مجانا بغير خلاف هذا ظاهر كلام القاضى ونص[عليه]احمد فى رواية البرزاطى فى الأم الحاضنة أنها لا تأكل من مال ولدها الا لضرورة الا أن يفرض لها الحاكم فى المال حق الحضانة ووجهه أن من أعطاه غيره فاه الاخذ مع الغنى بخلاف الأخذ بنفسه ولهذا أجاز للوصى الأخذ إذا شرط له الاب مع غناه وجاز للولى أن يدفع مال اليتيم مضاربة إلى من يعمل فيه بجزء من ربحه ولم يجز له اذا عمل فيه بنفسه أن يأخذ ولهذا المعنى جاز الأخذ لعامل الزكاة مع الغنى لأن المعطى له [هو] الامام

ومنها أمين الحاكم أو الحاكم اذا نظر فى مال اليتيم. قال القاضى مرة لا يأكل وفرق بينه وبين الوصى بان الأب له أن يجعل للوصى جعلا مع وجود متبرع بالنظر فى مال اليتيم والولى متصرف باذنه وتوليته بخلاف أمين الحاكم فانه لو وجد متبرعا بالحفظ لم يجز له أن يجعل لاحد جعلا عليه. وقال مرة له الأكل كوصى الأب وأخذه من نص احمد على أن الحاكم يأخذ على القضاء أجراً بقدر شغله وقال هو مثل ولى اليتيم وأما الأب فقال القاضى ليس له الأكل لاجل عمله لغناه عنه بالنفقة الواجبة فى ماله ولكن له الأكل منه بجهة التمليك عندنا وضعف ذلك الشيخ تقى الدين

ومنها ناظر الوقف والصدقات ونص احمد على جواز اكله نقله عنه أبو الحارث أنه قال فى والى الوقف (١) إن أكل منه بالمعروف فلا بأس قيل له فيقضى منه دينه قال ما سمعنا فيه شيئا وكذلك نقل عنه حرب فى رجل أوصى الى رجل بارض أوصدقة للمساكين فدخل الوصى الحائط أو الارض فتناول بطيخة أو قثاءا أو نحو ذلك قال لا بأس بذلك اذا كان القيم بذلك أكل. وترجم(٢) عليه بعض الأصحاب - وأظنه أبا حفص العكبرى - الوصى يأكل من الوقف الذى يليه وهذا ظاهر فى أنه لا يشترط له الحاجة وخرجه ابو الخطاب على عامل اليتيم ونقل الميمونى عن أحمد أنه ذكر حديث عمر حين وقف فاوصى إلى حفصة ثم قال احمد وليه يأكل منه بالمعروف اذا اشترط ذلك ومفهومه المنع من الاكل بدون الشرط فاما الوكيل فى الصدقة فلا يأكل منه شيئا نقل يعقوب ابن بختان عن احمد فى رجل فى يده مال للمساكين وأبواب البر وهو فقير محتاج اليه فلا يأكل منه انما أمر أن ينفذ وصرح به القاضى فى المجرد بان من أوصى اليه بتفرقة مال على المساكين أو دفع اليه رجل فى حياته مالا ليفرقه صدقة لم يجز له أن يأكل منه شيئا بحق قيامه(٣) لأنه منفذ وليس بعامل منم مثمر

ومنها الوكيل والأجير والمعروف منعهما من الأكل لاستغنائهما عنه بطلب الاجرة من المؤجر والموكل لاسيما والأجير قد أخذ الأجرة على عمله ونقل حنبل عن احمد فى الولى

(١) فى نسختنا : والى اليتيم الوقف (٢) وفيها : وترحم بتشديد الحاء (٣) فى بحق ماله

والوصى يأكلان بالمعروف اذا كانا يصلحان ويقومان بامره فاكلا بالمعروف فلا بأس به بمنزلة الوكيل والأجير ، قال القاضى فى خلافه وظاهر هذا جواز الاكل للوكيل النوع الثانى مالا ولاية له عليه فيجوز الأكل منه للضرورة بلا نزاع وأما مع عدمها فيجوز فيما تتوق اليه النفوس مع عدم الحفظ والاحتراز عليه وذلك فى صور

منها الأكل من الأطعمة فى دار الحرب واطعام الدواب المعدة للركوب فان كانت للتجارة ففيه روايتان وإن كانت للتصيد بها فوجهان . وسواء كان يحتاج اليه أو لم يكن فى أشهر الطريقين وفى الثانية لا يجوز إلا للحاجة بقدرها وفى رد عوضها فى المغنم روايتان وهى طريقة ابن ابى موسى واختلف الأصحاب فى محل الجواز فقيل محله مالم يحرزه الامام فاذا أحرزه أو وكل به من يحفظه لم يجز الاكل الا لضرورة وهى طريقة الخرقى لان احرازه منع من التناول منه وأما قبل الاحراز فان حفظه يشق ويتسامح بمثله عادة وقيل يجوز الأكل ما داموا فى أرض الحرب وان أحرز مالم يقسم وهى طريقة القاضى وان فضلت منه فضلة فهل يجب ردها مطلقا أو يشترط كثرتها على روايتين

ومنها اذا مر بثمر غير محوط ولا عليه ناظر فله أن يأكل منه مع الحاجة وعدمها ولا يحمل على الصحيح المشهور من المذهب ولا فرق بين المتساقط على الأرض وما على الشجر كما دلت عليه السنة وتنزيلا لتركه بغير حفظ مع العلم بتوقان نفوس المارة اليه منزلة الاذن فى الأكل منه لدلالته عليه عرفا مع العلم بتسامح غالب النفوس فى بذل يسير الأطعمة بخلاف المحفوظ بناظر أو حائط فان ذلك بمنزلة المنع منه وفى المذهب رواية ثانية بجواز الأكل من المتساقط دون ما على الشجر لأن المسامحة فى المتساقط اظهر ليسرع الفساد اليه ولم يثبتها القاضى ورواية ثالثة بمنع الاكل مطلقا الامع الحاجة فيؤكل حينئذ مجانا بغير عوض وعلى المذهب المشهور هل يلحق الزرع ولبن المواشى بالثمار على روايتين فان الأكل من الزرع وحلب اللبن من الضرع انما يفعل للحاجة لا للشهوة

﴿ القاعدة الثانية والسبعون ﴾

اشتراط النفقة والكسوة فى العقود يقع على وجهين معاوضة وغير معاوضة فاما المعاوضة فتقع فى العقود اللازمة ويملك فيها الطعام والكسوة كما يملك غيرهما من الأموال المعاوض بها فان وقع التفاسخ قبل انقضاء المدة رجع بما عجل منها الا فى نفقة الزوجة وكسوتها فان فى الرجوع بهما ثلاثة أوجه ثالثها يرجع بالنفقة دون الكسوة (فمنها) الاجارة فيجوز استئجار الظئر بطعامها وكسوتها على الصحيح ومن الأصحاب من لم يجعل فيه خلافا (ومنها) استئجار غير الظئر من الاجراء بالطعام والكسوة

وفيه روايتان اصحهما الجواز كالظئر (ومنها) البيع فلو باعه ثوبا بنفقة عبده شهراً صح ذكره القاضى فى خلافه (ومنها) النكاح تقع النفقة والكسوة فيه عوضاً عن تسليم المنافع ولا يحتاج إلى شرطها فى العقد كما لا يحتاج فيه إلى ذكر المهر الذى يحصل به أصل الاستباحة ولو شرطت عليه نفقة ولدها وكسوته صح وكان من المهر، وأما غير المعاوضة فهو اباحة النفقة للعامل ما دام متلبسا بالعمل ويقع ذلك فى العقود الجائزة أما بأصل الأصل أو لانه لا يجوز المعاوضة فيه بالشرع ويندرج تحت ذلك صور (منها) المضاربة فيجوز اشتراط المضارب النفقة والكسوة فى مدة المضاربة (ومنها) الشركة (ومنها) الوكالة (ومنها) المساقاة والمزارعة اذا قلنا بعدم لزومها وما بقى معهم من النفقة المأخوذة والكسوة بعد فسخ هذه العقود هل يستقر ملكهم عليه أم لا يحتمل ان لا يستقر لأن ما يتناوله انما هو على وجه الاباحة لا الملك، ولهذا قال الأصحاب اذا اشترط المضارب التسرى من مال المضاربة فاشترى امة منه ملكها ويكون ثمنها قرضاً عليه لأن الوطء لا يستباح بدون الملك بخلاف المال فانه يستباح بالبذل والاباحة كما يستبيح المرتهن الانتفاع بالرهن بشرطه فى عقد البيع نص عليه احمد ويكون إباحة وأشار أبو بكر عبد العزيز الى رواية أخرى يملك المضارب الأمة بغير عوض وعلى هذا فيحتمل ان تكون النفقة والكسوة تمليكا فلا يرد ما فضل منهما ويحتمل ان يفرق بين اليسير والكثير كما فى المأخوذ من المغنم (ومنها) اذا أخذ الحاج نفقة من غيره ليحج عنه فانه عقد جائز والنفقة فيه إعانة على الحج لا أجرة وينفق على نفسه بالمعروف الى أن يرجع الى بلده وان فضلت فضلة ردها نص عليه وكذا ان كانت الحجة عن الميت بأن تكون حجة الاسلام أو أوصى بان يحج عنه فان فاضل النفقة يسترده الورثة إلا أن يعين الموصى فى وصيته إعطاء مقدار معين لمن يحج عنه حجة فان الفاضل يكون له فى المعروف من المذهب ونقل ابن منصور عن أحمد اذا قال حجوا عنى بالف [درهم] حجة يحج عنه حجة وما فضل يرد الى الورثة، وهذا يدل على أنه لا يجوز أن يدفع الى من يحج أكثر من نفقته ولم يجعل الباقى وصية لأن الحاج هنا غير معين فلا تصح الوصية له بخلاف ما اذا كان معيناً ووجه المذهب ان الموصى له يتعين بحجة فيصير معلوماً وان قال حجوا عنى بالف ولم يقل حجة فالمذهب أنها تصرف فى حجة بعد أخرى حتى تنفذ، وحكى بن أبى موسى رواية أخرى أنه يحج عنه حجة واحدة بنفقة المثل والباقى للورثة (ومنها) اذا أخذ الحاج من الزكاة ليحج به فانه يجوز بناء على قولنا ان الحج من السبيل فان حج ثم فضلت فضلة فهل يسترد أم لا الأظهر استردادها كالوصية وأولى لأن هذا المال يجب صرفه فى مصارفه المعينة شرعا ولا يجوز الاخلال بذلك بخلاف فاضل الوصية فان الحق فيه للورثة ولهم تركه(١) وقياس قول الأصحاب فى الغازي أنه لا يسترد

---

(١) فى نسختنا: شركة

وظاهر كلام أحمد فى رواية الميمونى أن الدابة لا تسترد ولا يلزم مثله فى النفقة لأن الدابة قد صرفت فى سبيل الله بخلاف فاضل النفقة ويملكها بخروجه من بلده بخلاف الغازى نص [عليه أحمد] فى رواية الميمونى وعلل بانه من حين يخرج فهو ابن سبيل له حق فى الزكاة والغازى انما أعطى للغزو فلا يملك بدونه وهذا يرجع الى أن من أخذ بسبب فانتفى وخلفه سبب آخر مبيح للأخذ إن له الامساك بالسبب الثانى وفيه خلاف بين الأصحاب

ومنها اذا أخذ الغازى (١) نفقة أو فرسا ليغزوا عليها فانه يجوز ويكون عقدا جائزا لالازما وهو اعانة على الجهاد لااستئجار عليه فان رجع والفرس معه ملكها مالم يكن وقفا أو عارية نص عليه أحمد ولا يملكها حتى يغزو . وقال القاضى فى خلافه ويكون تمليكا بشرط ومعناه أنه تمليك مراعا بشرط الغزو فان غزا تبينا أنه ملكه بالقبض فان قاعدة المذهب أن الهبة لا تقبل التعليق وكذلك عقود المعاوضات وان فضل معه من الكسوة فهو كالفرس وان فضل من النفقة ففيه روايتان : إحداهما يملكها أيضا نقلها على بن سعيد . والثانية يرد الفاضل فى الغزو إلا أن يؤذن له فى الاستعانة به فى غزوة أخرى نقلها حنبل ، والفرق بين النفقة وغيرها أن الدابة قد صرفت فى سبيل الله واستعملت فيه وكذلك الكسوة يحصل المقصود بها بخلاف ما فضل من النفقة فاما ان أخذ من الزكاة ثم فضلت فضلة فقال الخرقى والاكثرون لاتسترد وحكى صاحب المحرر وغيره وجهين وقد قدمنا الفرق بين مال الزكاة وغيره ، ونص احمد فى رواية المروذى على أن الدابة تكون له ولا يلزم مثله فى النفقة لما قدمنا

﴿القاعدة الثالثة والسبعون﴾

اشتراط نفع أحد المتعاقدين فى العقد على ضربين : أحدهما أن يكون استئجاراً له مقابلا بعوض فيصح على ظاهر المذهب كاشتراط المشترى على البايع خياطة الثوب أو قصارته أو حمل الحطب ونحوه ، ولذلك يزداد به الثمن. والثانى أن يكون إلزاما له لما لا يلزمه بالعقد بحيث يجعل له ذلك من مقتضى العقد ولوازمه مطلقا ولا يقابل بعوض فلا يصح وله أمثلة :

منهـــا اشتراط مشترى الزرع القائم فى الأرض حصاده على البائع فلا يصح ويفسد به العقد ذكره الخرقى وحكى ابن أبى موسى فى فساده به وجهين لأن حصاد الزرع قد يتوهم أنه من تمام التسليم الواجب كما ظنه بعض الفقهاء (ومنها) اشتراط أحد المتعاقدين فى المساقاة والمزارعة

---
(١) فى نسختنا : المغازى

على الآخر مالم يلزمه بمقتضى العقد فلا يصح وفى فساد العقد به خلاف ويتخرج صحة هذه الشروط أيضا من الشروط فى النكاح وغيرها وهو ظاهر كلام أكثر المتأخرين ولذلك استشكلوا مسألة الخرقى فى حصاد الزرع (ومنها) شرط إيفاء المسلم فيه فى غير مكان العقد وحكى فى صحته روايتان والمنصوص عن أحمد فساده فى رواية مهنا وأومأ اليه فى رواية ابن منصور وقال [ابن منصور] ليس فى حديث النبي صلى الله عليه وسلم تسمية المكان يشير بذلك الى أن السلم يشترط فيه أن يذكر فى العقد أوصاف المسلم فيه قدره وزمان محله كما دل عليه الحديث وليس فيه ذكر مكان إيفائه فاشتراط ذكر مكانه يوهم أن ذلك من جنس ماذكر زمانه وانه مستحق بنفس العقد بخلاف غيره من البيوع التى لا يذكر فى عقودها شيء من ذلك

﴿ القاعدة الرابعة والسبعون ﴾

فيمن يستحق العوض عن عمل بغير شرط وهو نوعان: أحدهما ان يعمل العمل ودلالة حاله تقتضى المطالبة بالعوض. والثانى أن يعمل عملا فيه غناء عن المسلمين وقيام بمصالحهم العامة أو فيه استنقاذ لمال معصوم من الهلكة. اما الأول فيندرج تحته صور كثيرة كالملاح والمكارى والحجام والقصار والخياط والدلال ونحوهم ممن يرصد نفسه للتكسب بالعمل، فاذا عمل استحق أجرة المثل وان لم يسمى له شيء نص عليه وأما الثانى فيدخل تحته صور:

منها من قتل مشركا فى حال الحرب مغرراً بنفسه فى قتله فانه يستحق سلبه بالشرع لا بالشرط فى أصح الروايتين (ومنها) العامل على الصدقات فانه يستحق أجرة عمله بالشرع. قال احمد فى رواية صالح العاملين عليها الذين جعل الله لهم الثمن فى كتابة السلطان وقال فى رواية حنبل يكون لهم الذى يراه الامام وظاهر هذا أن يجب ذلك له بالشرع إما مقدراً أو غير مقدرا والولى يأخذ بنفسه وقد أمره الله بالاستعفاف مع الغنى وأيضاً فأموال الزكاة حق لغير معين بخلاف مال اليتيم وأيضا فمال الزكاة يستحقه جماعة من الغنى فالعامل الذى حصل الزكاة وجباها أولى وأيضاً فالعامل هو الذى جمع المال وحصله بخلاف ولى اليتيم وذكر القاضى فى الأحكام السلطانية أن قياس المذهب أن العامل لا يستحق إذا لم يشرط له جعل إلا أن يكون معروفا بأخذ الأجرة على عمله والأول أصح لأن حقه ثابت بالنص فهو كجعل رد الاباق وأولى لورود القرآن به (ومنها) من رد آبقا على مولاه فانه يستحق على رده جعلا بالشرع سواء شرطه أولم يشرطه على ظاهر المذهب وفيه أحاديث مرسلة وآثار والمعنى فيه الحث على حفظه على سيده وصيانة العبد عما يخاف من لحاقه بدار الحرب والسعى فى الأرض بالفساد ولهذا المعنى اختص الوجوب برد الآبق [دون غيره من الحيوان والمتاع وسواء كان معروفا

برد الاباق] (١) أو لم يكن إلا السلطان فانه لا شيء له نص عليه فى رواية حرب لانتصابه المصالح وله حق فى بيت المال على ذلك وكذلك لم يكن له الأكل من مال اليتيم كما سبق (ومنها) من أنقذ مال غيره من التلف كمن خلص عبد غيره من فلاة مهلكة أو متاعه من موضع يكون هلاكه فيه محققاً أو قريبا منه بالبحر وفم السبع فنص احمد على وجوب الأجرة له فى المتاع وذكره القاضى وابن عقيل وصاحب المغنى فى العبد أيضاً وحكى القاضى فيه احتمالا بعدم الوجوب كاللقطة وأورد فى المجرد عن نص احمد فيمن خلص من فم السبع شاة أوخروفاً أو غيرهما فهو لمالكه الأول ولا شيء للمخلص والصحيح الأول لأن هذا يخشى هلاكه وتلفه على مالكه بخلاف اللقطة وكذلك او انكسرت السفينة فخلص قوم الأموال من البحر فانه يجب لهم الأجرة على الملاك ماذكره فى المغنى لأن فيه حثاً وترغيبا فى إنقاذ الأموال من التهلكة فان الغواص إذا علم أنه يستحق الاجرة غرر بنفسه وبادر إلى التخليص بخلاف ما إذا علم أنه لا شيء له فهو فى معنى رد الآبق وفى مسودة شرح الهداية لابى البركات: وعندى أن كلام احمد على ظاهره فى وجوب الاجرة على تخليص المتاع من المهالك دون الآدمى لأن الآدمى أهل فى الجملة لحفظ نفسه وفيه نظر وقد يكون صغيراً أو عاجزاً وتخليصه أهم وأولى من المتاع وليس فى كلام احمد تفرقة فاما من عمل فى مال غيره على غير ماذكرنا فالمعروف من المذهب أنه لا أجرة له ونقل أبو جعفر الجرجانى عن احمد فى رجل عمل فى قناة رجل بغير إذنه فقال لهذا الذى عمل نفقته إذا عمل ما يكون مصلحة لصاحب القناة وهذه تتخرج على أصلين : أحدهما أن الغاصب يكون شريكا بآثار عمله. والثانى أن يجبر على أخذ قيمة آثار عمله من المالك لتملكها عليه وخرج القاضى فى خلافه بأن يكون شريكا بآثار عمله اذا زادت به القيمة وذكر نص أحمد فى العمل فى القناة من رواية حرب وابن هانىء وتبعه على ذلك جماعة من الأصحاب وحمل ابن عقيل فى مفرداته هذه النصوص على أن العامل هنا فى القناة كان شريكا فيها وليس فى المنصوص شيء يشعر بذلك ومن الأصحاب من أقر النصوص على ظاهرها وجعل هذا الحكم مطرداً فى كل من عمل عملا كغيره فيه مصلحة له وهو محتاج اليه كحصاد زرعه والاستخراج من معدنه ونحو ذلك تخريجاً من العمل فى القناة ومنهم الحارثى وكانهم جعلوه بمنزلة تصرف الفضولى فللمالك حينئذ أن يمضيه ويرد عوضه وهو أجرة المثل وله أن لا يمضيه فيكون العامل شريكا بالعمل وقد قال القاضى فى بعض تعاليقه وقرأته بخطه فى الأجير إذا عمل فى العين المستأجر عليها دون ماشرط عليه أن المالك مخير ان شاء رد عمله وأخذ الأجرة وصار الأجير

---

(١) الزيادة عن ٧١١

شريكا بعمله وان شاء قبل العمل ورجع على الأجير بالأرش وذكر نص أحمد فى رواية الميمونى بالرجوع بالأرش ثم حمله على أنه كان قد رضى بالعمل . وقال القاضى فى خلافه : قياس المذهب اذا لم يأت الحائك بالثوب على الصفة المشروطة ان شاء ضمنه قيمة الغزل ولا أجرة له وان شاء ضمنه قيمته منسوجا وعليه الأجرة ، وتكون الأجرة ههنا بما زاد على قيمة الغزل. ثم ذكر رواية الميمونى هذه وقال هى محمولة على أن صاحب الثواب اختار تقويمه معمولا والتزم قيمة الصنعة التى هى دون التى وافقه عليها وهذا الذى قاله بعيد جدا أن يضمن المالك الصانع قيمة الثوب مع بقائه ولا يصح حمل كلام أحمد على ما قاله لأن احمد قال ينظر مابينهما فيرجع به على الصانع ، وهذا تصريح بالرجوع عليه بالأرش خاصة وايضا فلو غصب غزلا ونسجه لم يملك المالك التزامه به ويطالبه بالقيمة فكيف يملك مطالبة الاجير بذلك ، وذكر ابن عقيل فى هذه المسألة أن المالك يملك استرجاع الاجرة المسماة ودفع اجرة المثل ثم ذكر احتمالا بالرجوع بالارش كما هو المنصوص والله اعلم . ومتى كان العمل فى مال الغير انقاذا له من التلف المشرف عليه كان جائزا كذبح الحيوان المأكول اذا خيف موته صرح به صاحب المغنى ويفيد هذا أنه لا يضمن مانقص بذبحه

﴿القاعدة الخامسة والسبعون﴾

فيمن يرجع بما انفق على مال غيره بغير اذنه وهو نوعان : احدهما من أدى واجباً عن غيره . والثانى من انفق على ما تعلق به حقه من مال غيره ، فاما النوع الاول فيندرج تحته صور :

(منها) اذا قضى عنه دينا واجبا بغير اذنه فانه يرجع به عليه فى اصح الروايتين وهى المذهب عند الخرقى وأبى بكر والقاضى والاكثرين ، واشترط القاضى أن ينوى الرجوع ويشهد على نيته عند الاداء فلو نوى التبرع أو اطلق النية فلا رجوع له واشترط ايضا أن يكون المدين ممتنعا من الاداء ، وهو يرجع الى ان لا رجوع الا عند تعذر اذنه وخالف فى ذلك صاحبا المغنى والمحرر وهو ظاهر الخلاف للقاضى فى المجرد والاكثرين وهذا فى ديون الآدميين . فأما ديون الله عز وجل كالزكاة والكفارة فلا يرجع بها من أداها عمن هى عليه، وعلل القاضى ذلك بان اداءها بدون اذن من هى عليه لا يصح لتوقفها على نيته ويلزم على هذا لو حج رجل عن ميت بدون اذن وليه وقلنا يصح أو أعتق عنه فى نذر أو اطعم عنه فى كفارة وقلنا يصح ان له الرجوع بما انفق لسقوط اعتبار الاذن هنا ويكون كأداء أحد الخليطين الزكاة من ماله عن الجميع (ومنها) لو اشترى اسيرا مسلما حرا من اهل دار الحرب ثم اطلقه او اخرجه الى دار الاسلام فله الرجوع عليه بما اشتراه به سواء اذن له

أولم يأذن لأن الأسير يجب عليه افتداء نفسه ليتخلص من الاسر فاذا فداه غيره فقد أدى عنه واجبا رجع به عليه وأكثر الاصحاب لم يحكوا فى الرجوع ههنا خلافا وحكى القاضى فى كتاب الروايتين فيه رواية أخرى يتوقف الرجوع على الاذن . وهل يعتبر للرجوع ههنا نية أم يكفى اطلاق النية على وجهين : أحدهما تعتبر نية الرجوع لقضاء الديون وهو ظاهر كلام القاضى . والثانى يرجع مالم ينو التبرع وبه جزم فى المحرر للأثر المروى عن عمر رضى الله عنه . ولأن انفكاك الأسرى مطلوب شرعا فيرغب فيه بتوسعه طرف الرجوع لئلا تقل الرغبة فيه (ومنها) نفقة الرقيق والزوجات والأقارب والبهائم اذا امتنع من يجب عليها النفقة فانفق عليهما غيره بنية الرجوع فله الرجوع كقضاء الديون ذكره القاضى فى خلافه وابن عقيل فى مفرداته (ومنها) لو انفق على عبده الآبق فى حال رده اليه فانه يرجع بما انفق نص عليه وجزم به الأكثرون من غير خلاف فانه يستحق جعلا على الرد عوضا عن بذله منافعه فلأن يجب له العوض عما بذله من المال فى رده أولى، واشترط أبو الخطاب وصاحب المحرر العجز عن استئذان المالك وضعفه صاحب المغنى ولا يتوقف الرجوع على تسليمه فلو أبق منه قبل ذلك فله الرجوع بما انفق عليه نص عليه أحمد فى رواية عبد الله وصرح به الأصحاب وكذلك حكم المنقطع بمهلكة وحكى أبو بكر وابن أبى موسى فى الرجوع بنفقته روايتين، ولو أراد استخدامه بدل النفقة ففى جوازه روايتان حكاهما أبو الفتح الحلوانى فى الكفاية كالعبد المرهون (ومنها) نفقة اللقطة حيوانا كانت أو غيره مما يحتاج فى حفظه الى مؤنة واصلاح فان كانت باذن حاكم رجع بها لأن اذنه قائم مقام إذن الغائب وان لم يكن باذنه ففيه الروايتان . ومنهم من يرجح هاهنا عدم الرجوع لأن حفظها لم يكن متعينا بل كان مخيراً بينه وبين بيعها وحفظ ثمنها وذكر ابن أبى موسى ان الملتقط اذا انفق غير مطوع بالنفقة فله الرجوع بها وان كان محتسبا ففى الرجوع روايتان (ومنها) نفقة اللقيط خرجها بعض الأصحاب على الروايتين . ومنهم من قال يرجع هنا قولا واحدا واليه ميل صاحب المغنى لأن له ولاية على الملتقط ونص أحمد أنه يرجع بما أنفقه على بيت المال (ومنها) الحيوان المودع اذا انفق عليه المستودع ناويا للرجوع فان تعذر استئذان مالكه رجع وان لم يتعذر فطريقان : أحداهما انه على الروايتين فى قضاء الدين وأولى لأن للحيوان حرمة فى نفسه فوجب تقديمه على قضاء الديون أحيانا وهى طريقة صاحب المغنى . والثانية لا يرجع قولا واحدا وهى طريقة المحرر ومتابعة لأبى الخطاب لكن من أعتبر الرجوع فى قضاء الدين بعذر الاذن فهنا أولى وأما من لم يعتبر ذلك فى الدين واعتبره ههنا فالفرق أن قضاء الدين فيه براءة لذمته وتخليص له من الغريم وههنا اشتغال لذمته بدين لم تكن مشتغلة به وهو ضعيف وينتقض بنفقة الأقارب كما تقدم فان

المطالبة هنا متوجهة من الحاكم بالزامه فقد خلصه من ذلك وعجل براءته منه وقضاء الدين لم تبرأ به ذمته بالكلية بل هى مشغولة بدين المؤدى عنه أيضا فان الاذن فى الانفاق على الحيوان المؤتمن عليه عرفى فينزل منزلة اللفظى (ومنهـــا) نفقة طائر غيره اذا عشش فى داره قال أحمد فى رواية المروذى فى طيرة أفرخت عند قوم من الجيران فالفراخ تتبع الأم يردون على أصحابها فان كان قد علف الفراخ مدة مقامها فى يده متطوعا لم يرجع وان لم يتطوع يحتسب بالنفقة أخذ من صاحبها مااتفق ولم يفرق بين امكان الاستئذان وعدمه، وخرج القاضى رواية أخرى بعدم الرجوع بكل حال من نظيرتها فى المرتهن وغيره

وأما النوع الثانى وهو مايرجع فيه بالانفاق على مال غيره لتعلق حقه به فله صور

(منها) انفاق أحد الشريكين على المال المشترك مع غيبة الآخر أو امتناعه قال أحمد فى رواية أبى القاسم فى رجلين بينهما أراض أو دار أو عبد يحتاج الى أن ينفق على ذلك فيأبى الآخر. قال: ينظر فى ذلك فان كان يضر بشريكه ويمتنع مما يجب عليه الزم ذلك وحكم به عليه ولا يضر بهذا ينفق ويحكم به عليه. ويتفرع على هذه المسئلة فروع من جملتها اذا كان بينهما حائط مشترك أو سقف فانهدم وطلب أحدهما أن يبنى الآخر معه فالمذهب أنه يجبر على ذلك، وفيه رواية أخرى لا يجبر فيه فينفرد الطالب بالبناء ويمنع الشريك من الانتفاع حتى يأخذ منه ما يخص حصته من النفقة نص عليه. لأن من جاز له البناء فى ملك غيره لم يكن متبرعا كالوصى والحاكم فى ملك اليتيم.

ومن صور النوع إذا جنى العبد المرهون ففداه المرتهن بغير اذن الراهن، قال أكثر الأصحاب كالقاضى وابن عقيل وأبى الخطاب وغيرهم إن لم يتعذر استئذانه فلا رجوع وإن تعذر خرج على الخلاف فى نفقة الحيوان المرهون، لان الفداء هنا لمصلحة الرهن واستبقائه وهو واجب على الراهن لحق المرتهن. وقال صاحب المحرر: لا يرجع بشىء. وأطلق لان المالك لم يجب عليه الافتداء ههنا، وكذلك لو سلمه لم يلزمه قيمته لتكون رهنا وقد وافق الأصحاب على ذلك وانما خالف فيه ابن أبى موسى

ومنها مؤنة الرهن من كرى مخزنه وأصلاحه وتشميسه ونحو ذلك لا يلزم الراهن إذا قام بها المرتهن بدون اذنه مع تعذره فهى جارية مجرى نفقة الحيوان المرهون على ما سيأتى صرح به الأصحاب لأن ذلك مما لا بد منه لحفظ مالية الرهن فصار واجبا على الرهن لعلاقة حق المرتهن

ومنها لو خربت الدار المرهونة فعمرها المرتهن بغير اذن فقال القاضى فى المجرد وصاحب المغنى والمحرر لا يرجع الا بأعيان آلته لان بناء الدار لا يجب على المالك، والمجزوم به فى الخلاف الكبير للقاضي أنه يرجع لانه من مصلحة الرهن. وقال ابن عقيل يحتمل عندي أنه يرجع بما

ينحفظ به أصل مالية الدار لحفظ وثيقته لانها نفقة لحفظ مالية وثيقة وذلك غرض صحيح انتهى ، ولو قيل ان كانت الدار بعد ما خرب منها تحرز قيمة الدين المرهون [به] لم يرجع لانه لاحاجة له الى عمارتها حينئذ وان كانت دون حقه أو وفق حقه ويخشى من تداعيها للخراب شيئاً فشيئا حتى تنقص عن مقدار الحق فله أن يعمر ويرجع لمكان مسحها(١) ومنها عمارة المستأجر فى الدار المستأجرة ولا يرجع بها نص عليه احمد فى غلق الدار اذا عمله الساكن ويحتمل الرجوع بناء على مثله فى الرهن ، ولكن حكى صاحب التلخيص أن المؤجر يجبر على الترميم باصلاح منكسر واقامة مائل فأما تجديد البناء والأخشاب فلا يلزمه لانه اجبار على تسليم عين لم يتناولها العقد والمستأجر الخيار ، قال ويحتمل أن يلزمه التجديد انتهى . فعلى [القول] الاول لا يمكن القول برجوع المستأجر بما انفق على التجديد وعلى الثانى يتوجه الرجوع

(فصل) وقد يجتمع النوعان فى صور فيؤدى عن ملك غيره واجباً يتعلق به حقه وفى ذلك طريقان أحدهما أنه على روايتين وهى طريقة الاكثرين والثانى يرجع ههنا رواية واحدة وهى طريقة القاضى فى خلافه فمن ذلك أن ينفق المرتهن على الرهن باطعام أو كسوة إذا كان عبداً أو حيوانا ففيه الطريقان أشهرهما انه على الروايتين كذلك وقال القاضى فى المجرد والروايتين وأبو الخطاب وابن عقيل والأكثرون والمذهب عند الأصحاب الرجوع ونص عليه احمد فى رواية أبى الحارث ، وكذلك نقل عنه ابن القاسم وأبى هانىء أنه يركب ويحلب بقدر نفقته . ولم يعتبر إذنا كما دل عليه النص الصحيح وأيضاً فالاذن فى الانفاق ههنا عرفى فيقوم مقام اللفظى وبالمرتهن اليه حاجة لحفظ وثيقته فصار كبناء أحد الشريكين الحائط المشترك . ونقل [عنه] ابن منصور فيمن ارتهن دابة فعلفها بغير اذن صاحبها فالعلف على المرتهن من أمره أن يعلف وكذلك نقل عنه مهنا فى كفن العبد المرهون لكن الكفن من النوع الاول ، وهذه الرواية ظاهر ما أورده ابن ابى موسى وحمل القاضى فى كتاب الخلاف هذا النص على ان الرهن كان حاضرا وامكن استئذانه وعلف بدون اذن وقد صرح القاضى بأن الرجوع مشروط بتعذر الاستئذان(٢) واعتبر صاحب المحرر فى لزوم نفقة الاقارب

---

(١) فى نسختى الدار لكان متوجها

(٢) كتب بهامش نسختنا بازاء هذا الموضع مانصه : نفقة الاقارب . وكتب بهامش ٧١٢ مانصه : قوله واعتبر صاحب المحرر فى لزوم نفقة الاقارب الى قوله بدون فرض الحاكم لها محله فى آخر سطر فى هذه الصفحة (يريد صفحات الاصل) بعد قوله . ولم يعتبر اذن الحاكم ، وقوله بعد ذلك وكذلك ابو الخطاب وابن عقيل وصاحب المحرر يلى قوله قبل قوله واعتبر صاحب المحرر

أن يستدان عليه باذن الحاكم مع قوله إنها لا تلزم بفرض الحاكم وفيه نظر، وفى الترغيب ليس لغير الاب الاستقراض إلا باذن الحاكم حتى ولا للزوجة فى حقها وحق ولدها الصغير، وانما للزوجة الاخذ من مال زوجها الموسر عند الامتناع اذا قدرت على قدر كفايتها وحكى فى أخذها لولدها وجهين قال وليس لها الانفاق على الطفل من ماله لو كان له مال بدون إذن وليه لانتفاء ولايتها عليه، وهذا كله مخالف لظاهر كلام احمد المتقدم ولقواعد المذهب فان المذهب انها تأخذ لنفسها ولولدها ونص احمد على انها تقبض الزكاة لولدها الطفل وقد سبق قول القاضى وغيره أن من انفق على اقارب غيره الذين يلزمه (١) نفقتهم فانه يرجع بذلك عليه كما يرجع بقضاء الدين الواجب عليه وذكر ابن ابى موسى أن الزوجة اذا استدانت على زوجها نفقة المثل مع غيبته فانها ترجع عليه ولم يعتبر اذن حاكم مع أنه لم يحك خلافا فى سقوط نفقة [الزوجة بناء على انها لا تسقط بمضى الزمان فى اشهر الروايتين] (٢) بمضى الزمان بدون فرض الحاكم لها (٣) وكذلك ابو الخطاب وابن عقيل وصاحب المحرر مع انه وافق طريقة الخلاف فى الرجوع قولا واحدا بخلاف ما ذكره فى الضمان وضعف صاحب المغنى اعتبار الاذن طرداً لما ذكره فى الضمان (ومنها) إذا هرب الجمال وترك الجمال فأنفق عليها المستأجر بدون إذن حاكم ففى الرجوع الروايتان ومقتضى طريقة القاضى أنه يرجع رواية واحدة ثم ان الأكثرين اعتبروا هنا استئذان الحاكم بخلاف ما ذكره فى الرهن واعتبروه أيضاً فى المودع واللقطة وفى المغنى إشارة إلى التسوية من الكل فى عدم الاعتبار وان الانفاق بدون إذنه يخرج على الخلاف فى قضاء الدين، وكذلك اعتبروا الاشهاد على نية الرجوع وفى المغنى وغيره وجه آخر انه لا يعتبر وهو الصحيح (ومنها) اذا هرب المساقى قبل تمام العمل استؤجر عليه من يتمه والحكم فيه كالجمال إلا أن للمالك الفسخ ولو قلنا بلزوم المساقاة لتعذر استيفاء المعقود عليه (ومنها) إذا غاب الزوج فاستدانت الزوجه النفقة على أنفسها وأولادها الصغار نفقة المثل من غير زيادة فانها ترجع بذلك نص عليه فى رواية أبى زرعة الدمشقى ولم يعتبر إذن الحاكم (٤) (ومنها) اذا اعاره شيئاً ليرهنه ثم افتكه المعير بقضاء الدين فانه يرجع هنا قولا واحدا على ظاهر كلام القاضى (ومنها) لو قضى أحد الورثة الدين عن الميت ليزول تعلقه بالتركة فانه يرجع أيضاً ولم يذكر القاضى فيه خلافا وهذه المسئلة والتى قبلها قد لا يطرد فيها الخلاف لأن الانفاق هنا لاستصلاح ملك المنفق فهو كانفاق الشريك على عمارة الحائط يرجع

(١) فى د : يلزم (٢) الزيادة عن ٧١١ كتبت بالهامش (٣) هنا آخر ما أشير اليه على هامش ٧١٢
(٤) يلاحظ أن هذه الفقرة تقدمت في السطر الثامن معزوة لابن أبي موسي

به بغير خلاف وانما الخلاف اذا كان الانفاق لاستصلاح ما تعلق به حق المنفق الا أن الاصحاب صرحوا باطراد الخلاف في صورة المساقاة مع تعلق الاستصلاح فيها بعين (١) مال المنفق

﴿ القاعدة السادسة والسبعون ﴾

الشريكان في عين مال أو منفعة اذا كانا محتاجين الى رفع مضرة أو إبقاء منفعة أجبر أحدهما على موافقة الآخر في الصحيح من المذهب وفي رواية أخرى إن أمكن أحدهما أن يستقل بدفع الضرر فعله ولم يجبر الآخر معه لكن إن أراد الآخر الانتفاع بما فعله شريكه فله منعه حتى يعطيه حصة ملكه من النفقة فان احتاجا الى تجديد منفعة فلا اجبار ويندرج تحت ذلك صور:

(منها) اذا انهدم الحائط المشترك فالمذهب اجبار الممتنع منهما بالبناء مع الآخر نص عليه في رواية جماعة فان الاجبار هنا من جنس المعاوضة في الأموال المشتركة واجبة لدفع الضرر بالانتزاع بالشفعة وبيع مالا يمكن قسمته والمغني (٢) فيه أن المالك مستحق الانتفاع بملكه ويجب على شريكه تمكينه منه فاذا دار الأمر بين تعطيل الحق بالكلية وبين المعاوضة عليه فالمعاوضة عليه أولى لانه يرجع فيها الى الانتفاع بالبدل بخلاف التعطيل وأما الرواية الثانية بعدم الاجبار فهي مأخوذة من نص أحمد على عدم الاجبار في بناء حيطان السفل اذا كان العلو لآخر وانهدم الكل انه لا يجبر صاحب العلو على البناء مع صاحب السفل في السفل والفرق واضح لان السفل ملكه مختص بصاحبه بخلاف الحائط المشترك ولذلك عقد الخلال لكل واحد منهما بابا وذكر النص بالاجبار في الحائط والنص بانتفائه بالصورة الأخرى وعلى تقدير ثبوت هذه الرواية في الحائط فللشريك الاستبداد ببنائه من ماله بغير اذن حاكم وصرح القاضي في خلافه واعتبر في المجرد استئذان الحاكم ونص أحمد على انه يشهد على ذلك ، وله منع الشريك الآخر من الانتفاع بما كان له عليه من الحقوق إن أعاده بآلة جديدة من ماله وان أعاده بآلته الأولى ففيه وجهان : أحدهما ليس له المنع لأنه عين ملكهما المشترك وهو قول القاضي في المجرد وابن عقيل والأكثرين. والثاني له المنع حتى يأخذ نصف قيمة التالف لأنه متقوم حيث وقع مأذونا فيه شرعاً وهو ظاهر كلام ابن أبي موسى والقاضي في خلافه وجزم به صاحب المحرر وحكاه صاحب التلخيص عن بعض متأخري الأصحاب واذا أعاده بآلة جديدة واتفقا على دفع القيمة جاز ، لكن هل المدفوع نصف قيمة البناء أو نصف ما انفق عليه ذكر القاضي في خلافه فيه روايتين مأخذهما هل ذلك من باب الرجوع بما انفق على ملكه بإذن معتبر أو هو

---

(١) في نسختنا (٢) في د : والمعني

معاوضة عن ملك الثانى كضمان سراية العتق والاستيلاد وان امتنع الثانى من القول وطلب رفع البناءمن أصله ليعيداه من مالهما فقد يتخرج على هذا البناء فان قلنا هو رجوع بما انفق على ملكه لم يكن له الامتناع وان قلنا هو معاوضة فله ذلكوفى المجرد والفصول البناءعلى الاجبار ابتداء وعدمه فان قلنايجبر أجبر هنا على التبقية والا فلا وقد يقال هو معاوضة سواء كان بالقيمة أو بالنفقة كما أن زرع الغاصب يعاوض عنه بالقيمة على رواية وبالنفقة على أخرى والاجبار على المعاوضات لازالة الضرر غير مستبعد فان قيل فعندكم لايجوز للجار منع جاره من الانتفاع بوضع خشبة على جداره فكيف منعتم ههنا؟ قلنا انما منعناها هنا من عود الحق القديم المتضمن ملك الانتفاع قهراً سواء كان محتاجا اليه او لم يكن . وأما التمكين من الوضع للارتفاق فتلك مسألة أخرى وأكثر الأصحاب يشترطون فيها الحاجة والتزم ابن عقيل فى المفردات تخريج رواية من هذه المسألة منع الجارمن وضع الخشب مطلقاً ثم اعتذر بان حق الوضع هنا سقط عقوبة لامتناعه من النفقة الواجبة وحمل حديث الزبيروشريكه فى شراج الحرة على مثل ذلك

(ومنها) اذا انهدم السقف الذى بين سفل احدهما وعلو الاخر فذكر الأصحاب فى الاجبار الروايتين والمنصوص ههنا انه ان انكسرخشبه فيه فبناؤهما بينهما لأن المنفعة لهماجميعا وظاهره الاجبار وان انهدم السقف والحيطان لم يجبر صاحب العلوعلى بناء الحيطان لأنهاخاص ملك صاحب السفل ولكنه يجبر على أن يبنى معه السقف فان لم يفعل اشهد عليه ومنعه من الانتفاع به حتى يعطيه حقه ويجبر صاحب السفل على بنائه لانه سترة له نقل ذلك عنه ابو طالب ، ونقل عنه ابن الحكم ان صاحب السفل لايجبر على البناء لأجل صاحب العلو لكن صاحب العلو له أن يبنى الحيطان ويسقف عليها ويمنع صاحب السفل من الانتفاع به حتى يعطيه مابنى به السفل ويكون لهماجميعاً وهذا يحتمل أنه أراد يعطيه مابنى به الحيطان فيصير البيت كما كان لاحدهما سفله وللآخر علوه وهوظاهر كلامه ، ويحتمل ان يعطيه نصف قيمة بناءالسفل وتكون الحيطان مشتركة بينهماولذلك حكى الأصحاب روايتين فى مشاركة صاحب العلو لصاحب السفل فى بناء الحيطان حتى أخذالقاضى منها رواية بعدم الاجبار فى الحائط المشترك وهو بعيد لأن هذا المعنى لو كان صحيحا لكان الاشتراك حادثا بعد البناء ، فلا يلحق به الملك المشترك قبل البناء وحكى القاضى فى خلافه فى إجبار صاحب السفل على بناء حائطه لحق صاحب العلو ثلاث روايات أحدها اجباره منفردا بنفقته وأخذها من رواية أبى طالب وفيه نظر لأن أحمد علل بانه سترة له فعلم ان اجباره لحق جاره لا لحق صاحب العلو ولكن قد يقال إن تضرر صاحب العلو بترك بناء السفل اشد من تضرر الجار بترك السترة لأن هذا

يمنعه حقه بالكلية بخلاف ترك السترة وهذه الرواية هي المذهب عند ابن أبي موسى والثانية يجبر على الاتفاق على وجه الاشتراك نقلها يعقوب بن بختان فقال يشتركون على السفل وهو مروى عن أبي الدرداء رضي الله عنه الثالثة لايجبر وهي رواية ابن الحكم وحكى في المجرد اجبار كل منهما على أن يبنى مع الآخر الحيطان روايتان وكذا في الاجبار على بناء السقف الذى يختص بملك صاحب العلو وحاصل هذا يرجع الى انه هل يلزم الانسان بناء ملكه الخاص به اذا كان انتفاع غيره به مستحقا كما يلزمه دفع الضرر عنه ببناء السترة وهل يلزم الشريك في الانتفاع البناء مع المالك كالشريك في الملك وعلى هذا يخرج إذا كان له على حائط جار له يحاذيه ساباط بحق فانهدم الحائط هل يجبر المالك على بنائه وظاهر كلام القاضي في خلافه اجباره أن يبنيه منفردا به بغير خلاف ولعل هذا فيما اذا كان بحق معاوضة ومثله ذكر ابن عقيل في فنونه في من له حق اجراء مائه على سطح غيره فعاب السطح ولو بجريان مائه عليه لم يلزم صاحب الماء المشاركة في الاصلاح وكذا لو كان ماء تلك الدار يجرى الى بئر بحق فعابت البئر لم يلزم صاحب الماء المشاركة في اصلاحها ويخرج ذلك كله على الخلاف في السفل الذى علوه لمالك [آخر] يتوجه ويرجع الى أن الشركة في الانتفاع هل هي كالشركة في الملك (ومنها) القناة المشتركة اذا تهدمت نص أحمد على الاجبار على العمارة كما سبق ولم يذكر ابن أبي موسى فيه خلافا وانما ذكر الروايتين في الحائط والفرق أن الحائط يمكن قسمته بخلاف القناة والبئر وطرد القاضي والاكثرون فيه الروايتين واذا لم نقل بالاجبار فعمر احدهما لم يكن له منع الآخر من الماء ذكره القاضي في المجرد وابن عقيل وصاحب التلخيص والمغنى لأن الماء باق على ما كان عليه من الملك والاباحة وانما أزال الضرر عن طريقه ولايقع الاشتغال على ملك الآلات المعمور بها ، وفي الخلاف الكبير والتمام لابي الحسين له المنع من الانتفاع بالقناة ويشهد له نص عليه بالمنع من سكنى السفل اذا بناه صاحب العلو ومنع الشريك من الانتفاع بالحائط اذا أعيد بآلاته العتيقة لأن ذلك كله انتفاع بما بذل فيه الشريك ماله فيمنع منه بغير اذنه ولأن انفاقه على نفسه وشريكه جائز فيستحق الرجوع ولا يكون متبرعا (ومنها) ان مايقبل القسمة من الأعيان اذا طلب أحد الشريكين قسمته أجبر الآخر عليها وعلى التزام كلفها ومؤنها لتكميل نفع الشريك ، فأما مالا يقبل القسمة فانه يجبر أحدهما على بيعه إذا طلب الآخر بيعه ، نص أحمد على ذلك في رواية الميموني فقال إذا اختلفوا في القسمة فليس للمضار شيء اذا كان يدخله نقصان ثمنه بيع وأعطوا الثمن وكذا نقل حنبل عن أحمد أنه قال كل قسمة منها ضرر لاأرى أن يقسم مثل عبد بين رجلين وأرض في قسمتها ضرر ويقال لصاحبها إما ان تشترى

واما أن تتركه اذا كان ضررا وصرح بذلك ابن أبي موسى والقاضي والحلواني والشيرازي وابن عقيل والسامري وصاحب الترغيب ، وصرح بمثله في اجارة العين اذا لم يتفقا على المهايأة أو تشاحا ، وكذلك قال القاضي في خلافه وأبو الخطاب في انتصاره ، وكثير منهم صرحوا بانه يباع عند طلب القسمة وان لم يطلب البيع ، ولهذا مأخذان : أحدهما أنه اذا تعذر قسمة العين عدل الى قسمة بدلها وهو القيمة ، وهذا مأخذ من قال يباع بمجرد طلب القسمة ، وهو ظاهر كلام أحمد . والثاني أن حق الشريك في نصف القيمة مثلا لا في قيمة النصف فلو باع نصيبه مفردا لنقص حقه ويدل على أن حقه في نصف القيمة أن الشرع أمر في السراية أن يقوم العبد كله ثم يعطى الشركاء قيمة حصصهم ، وقد نص الأصحاب على أن للولي بيع التركة على الصغار والكبار اذا كان في تبعيضها ضرر واحتيج الى البيع ، وما دل عليه كلام بعضهم من امتناع البيع على الكبار في غير هذه الصورة قد يكون بناء على أن ضرر ما نقص ليس بمانع من قسمة الاجبار كقول الخرقي ، وانما المانع منها أن لا ينتفع بالمقسوم فحينئذ يكون عدم الاجبار على البيع في حالة نقص القيمة مبنيا على أن القسمة ممكنة ومع الاجبار عليها لا يقع الاجبار على البيع ثم وجدت في مسائل ابن منصور عن أحمد في عبد بين رجلين أراد أحدهما أن يبيع وأبى الآخر ، قال أحمد يبيع كل منهما حصته وهذا يدل على أنه لا اجبار على البيع مع الشريك ، وهذا كله في المشاع المشترك ، فاما المتميز كمن في أرضه غرس لغيره أو في ثوبه صبغ لغيره اذا طلب أحدهما أن يبيع الآخر معه ففي اجباره وجهان ، أوردهما صاحب المحرر في غراس المستعير لأنه يستدام في الأرض فلا يتخلص أحدهما من صاحبه بدون البيع ، بخلاف غرس الغاصب فانه يتخلص منه بالقلع ، فاما البيع ففي المغني وغيره في بيع الغاصب ان طلب مالك الثوب أن يبيع معه لزمه وفي العكس وجهان وجزم القاضي في خلافه بالاجبار على البيع بطلب الغاصب ، وأما صبغ المشتري إذا أفلس وأخذ البائع ثوبه وطلب أحدهما البيع اجبر الآخر عليه ، وهذا لأن الصبغ يستدام في الثوب فلا يتخلص من الشركة فيه بدون البيع . وإنما فرقنا بين طلب الغاصب وغيره على وجه لئلا يتسلط الغاصب بعدوانه على إخراج ملك غيره عنه قهرا (ومنها) قسمة المنافع بالمهايأة هل تجب الاجابة اليها أم لا ، المشهور عدم الوجوب ولم يذكر القاضي وأصحابه في المذهب سواه وفرقوا بين المهايأة والقسمة بان القسمة افراز أحد الملكين من الآخر والمهايأة معاوضة حيث كانت استيفاء للمنفعة من مثلها في زمن آخر ، وفيها تأخير أحدهما عن استيفاء حقه فلا يلزم بخلاف قسمة الأعيان ، ونص أحمد في رواية صالح وحنبل وأبي طالب في العبد المشترك إذا أعتق أحد الشريكين نصفه أو كاتبه فانه يكون يوما لنفسه ويوما لسيده الباقي ، وتأوله القاضي

على التراضي وهو بعيد ، وحكى أبو بكر فى التنبيه فيه روايتين ، أحداهما : يكون يوما لنفسه ويوما لسيده ، والأخرى ان كسبه بينهما وهذا يدل على وقوع المهايأة حكما من غير طلب وفى المسألة وجه آخر أنه تجب المهايأة بالمكان دون الزمان لانتفاء تأخر استيفاء أحدهما لحقه فى المهاياة بالأمكنة فهو كقسمة الأعيان واختاره صاحب المحرر وعلى القول بانتفاء الوجوب مطلقا فيجوز بالتراضى ، وهل يقع لازمة إذا كانت مدتها معلومة أو جائزة على وجهين ، والجزوم فى الترغيب الجواز ، واختار صاحب المحرر اللزوم ، وعلى القول بالجواز لو رجع أحدهما قبل استيفاء نوبته فله ذلك وإن رجع بعد الاستيفاء غرم ما انفرد به وقال الشيخ تقى الدين لا ينفسخ حتى ينقضى الدور ويستوفى كل منهما حقه منه ، ويمكن أن يؤخذ ذلك من مسألة القسم وهى أن من له زوجتان فقسم لاحداهما ثم أراد أن يطلق الأخرى لم يجز له حتى يوفيها حقها من القسم لئلا يفوت حقها بالطلاق ، ولا يقال هذه القسمة لازمة بخلاف المهايأة لانها إنما لزمت لأجل المساواة بين الزوجية ، ولهذا قال القاضى ومن اتبعه أن قسم الابتداء ليس بواجب ولو استوفى أحدهما نوبته ثم تلفت المنافع فى مدة الآخر قبل تمكنه من القبض ، فأفتى الشيخ تقى الدين رحمه الله بانه يرجع على الأول ببدل حصته من تلك المدة التى استوفاها مالم يكن قد رضى بمنفعة الزمن المتأخر على أى حال كان جعلا للتالف قبل القبض كالتالف فى الاجارة قال وسواء قلنا القسمة إفراز أو بيع فان المعادلة معتبرة فيها على القولين ولهذا ثبت فيها خيار العيب والتدليس انتهى . وهذا على القول بالجواز ظاهر ، ولكن الشيخ رجح اللزوم . ويتخرج فى الرجوع حينئذ وجهان بناء على الروايتين فيما إذا تقاسم الشريكان الدين فى ذمم الغرماء ثم تلف أحدهما قبل القبض هل يستحق صاحبه الرجوع على الآخر فيما قبضه أم لا ، على روايتين نقلهما معا ابن منصور فى مسائله عن احمد ، ورواية الرجوع حملها الأصحاب على أن القسمة لم تصح ، لكن المراد بقولهم لم تصح أنها غير لازمة لأن القبض بها محرم باطل ، ولهذا قالوا لو قبض شيئاً باذن شريكه لانفرد به على الصحيح فيكون حينئذ شبيه بالمهايأة (ومنها) الزرع والشجر المشترك إذا طلب أحد الشريكين سقيه وهو محتاج إلى ذلك أجبر الآخر عليه ، ذكره القاضى ، وحكاه عن أبى بكر فيما إذا أوصى لأحدهما بزرع واللاخر بتبنه وأخذه من مسألة الجدار وهو أولى بالوجوب لأن السقى من باب حفظ الأصل وابقائه فهو كدعامة السقف اذا انكسر بعض خشبه والحائط المائل ، وذلك أولى بالوجوب من بناء الساقط لأن إعادة الحائط بعد زواله شبيه باحداث المنفعة لكن لما كان رداً له إلى ما كان عليه ألحق باستيفاء المنفعة ، وألحق الشيخ تقى الدين بهذا كل ما فيه حفظ الاصل اذا احتيج اليه مثل الحارس والناظر والدليل على الطريق

والرشوة التي يحتاج اليها لدفع الظلم عن المال ، وذكر القاضي أيضاً فيمن اشترى شجراً وعليه ثمر للبائع أن أحدهما إذا طلب السقي لحاجة ملكه اليه أجبر الآخر على التمكين لدخوله على ذلك وتكون الأجرة على الطالب لاختصاصه بالطلب دون صاحبه . وهذا يشمل ما إذا كان [نفع] السقي راجعاً اليهما ، وعلل ذلك في المغني بأن السقي لحاجته وظاهره اختصاصه بحالة عدم حاجة الآخر فان النفع إذا كان لهما فالمؤونة عليهما كبناء الجدار وإن عطش الأصل وخيف عليه الضرر ففي الاجبار على القطع وجهان ذكرهما في المغني وعلل للاجبار بان الضرر لاحق للثمن لا محالة مع القطع والتبقية والأصل يحفظ بالقطع فراعاته أولى ، وذكر القاضي وابن عقيل فيما لو وصى بثمر شجر لرجل وبرقبته لآخر أنه لا يجبر أحدهما على السقي لأن أحدهما لم يدخل على حفظ مال الآخر بخلاف الثمر المشترى في رءوس النخل ، وهذا في سقي أحدهما بخالص حق الآخر بخلاف ما سبق في الوصية بالزرع والتبن

﴿ القاعدة السابعة والسبعون ﴾

من اتصل ملكه بملك غيره متميزاً عنه وهو تابع له ولم يمكن فصله منه بدون ضرر يلحقه وفي إبقائه على الشركة ضرر ولم يفصله مالكه فلمالك الأصل أن يتملكه بالقيمة من مالكه ويجبر المالك على القبول. وإن كان يمكن فصله بدون ضرر يلحق مالك الأصل. فالمشهور أنه ليس له تملكه قهرا لزوال ضرره بالفصل ويتخرج على هذه القاعدة مسائل كثيرة:

منها غراس المستأجر وبناؤه بعد انقضاء المدة إذا لم يقلعه المالك فللمؤجر تملكه بالقيمة لأنه لا يملك قلعه بدون ضمان نقصه، وفيه ضرر عليه ذكر ذلك القاضي وابن عقيل والأكثرون ، ولم يشترط أبو الخطاب أن لا يقلعه المالك فلعله جعل الخيرة لمالك الأرض دون مالك الغراس والبناء (ومنها) غراس المستعير وبناؤه إذا رجع المعير أو انقضت مدة الأعارة وقلنا يلزم بالتوقيت فالمنصوص عن احمد أنه يتملك بالقيمة نقله عنه مهنا وابن منصور ، وكذلك نقل عنه جعفر بن محمد لكن قال في رواية يتملك بالنفقة ولمالكه القلع ابتداء بغير خلاف ، ولا يجبر عليه إذا كان فيه ضرر وان لم يكن فيه ضرر فتردد فيه كلام الأصحاب ، وظاهر كلام احمد انه لا يقلع بدون شرط (ومنها) غراس المشترى في الأرض المشفوعة وبناؤه حيث يتصور ذلك اذا انتزع الشفيع فانه يأخذه مع الأرض بقيمته نص عليه ولمالكه أن يقلعه أيضاً ولا يجبر عليه إلا أن يضمن له النقص (ومنها) غراس المفلس وبناؤه إذا رجع صاحب الأرض فللمفلس والغرماء القلع فان أبوه وطلب البائع

التملك بالقيمة ملكه ، وكذلك إذا طالب القالع مضمونا (ومنها) إذا أصدقها أرضاً فغرست فيها أو بنت ثم طلقها قبل الدخول فطالب الرجوع فى نصفها وبذل نصف قيمة الغراس والبناء قال الخرقى يجبر على القبول ، وقال القاضى يسقط حقه إلى القيمة على قوله فليست المسألة مما نحن فيه فان قيل هذه المسألة والتى قبلها يتملك فيهما الغراس والبناء مع الأرض فلا يكو[نا]ن من صور مسائل القاعدة . قيل بل هما منها فان الشفيع إنما استحق انتزاع بناء المشترى وغراسه لأنه أحدثه فى حال تعلق حقه به، فكأنه قد أحدثه فى ملكه ، وكذلك الزوجة لأنها قبل الدخول لم يستقر لها الملك على النصف لتعرضه لعوده إلى الزوج باختياره تارة وبغيره أخرى ، وفى انتقال ملك النصف اليها خلاف مشهور فكذلك [يستحق] الزوج تملكه (ومنها) القابض بعقد فاسد من المالك إذا غرس وبنى فللمالك تملكه بالقيمة كغراس المستعير ولا يقلع الا مضموناً بالاستناد إلى الاذن، ذكره القاضى وابن عقيل (ومنها) غرس المشترى من الغاصب إذا لم يعلم بالحال ، والمنصوص عن احمد انه يتملك بالقيمة ولا يقلع مجاناً نقله عنه حرب ويعقوب ابن بختان فى رجل باع أرضاً من رجل فعمل فيها وغرس ثم استحقها آخر قال يرد عليه قيمة الغراس أو نفقته ليس هذا مثل من غرس فى أرض غـــيره ، وكذلك نقل عنه محمد بن [ابى] حرب الجرجانى عن احمد فيمن اشترى أرضاً فغرس فيها وعمل ثم استحقها آخر انه يرد عليه قيمة الغراس يوم يستحق ليس هذا مثل الغراس فى أرض غيره فيقلع غرسه ، وحمل القاضى هذه النصوص على أن له القيمة على من غره(١) كما فى الغرور بنكاح أمة ، قال فاما المستحق الأرض فلا ضمان عليه لانه لم يحصل منه اذن فى ذلك ، وهذا مخالف لمدلول هذه النصوص على مالا يخفى وكونه لم يحصل منه اذن لا ينفى كون الغراس محرما كما نقول فيمن حمل السيل إلى أرضه نوى فنبت شجراً انه كغراس المستعير على أصح الوجهين لا يقلع مجاناً لعدم التعدى فى غرسه وهو اختياره أعنى القاضى ، وأقرها الباقى فى موضع من خلافه رواية ، وكذلك صاحب المحرر ، ولكن الذى ذكره ابن ابى موسى والقاضى فى المجرد وتبعه عليه المتأخرون أن المالك قلعه مجانا ويرجع المشترى بالنقص على من غره والصحيح الأول ولا يثبت عن أحمد سواه ، وهو قول الليث ومالك وأبى عبيد وبه قضى عمر بن الخطاب وعمر بن عبد العزيز رضى الله عنهما ، لكن عمر بن الخطاب خير صاحب الأرض بين أن يعطى الغارس قيمة غرسه وبين أن يدفع الغارس اليه قيمة أرضه ، وكذلك قضى عمر بن عبد العزيز ، لكنه انما قضى بدفع قيمة الأرض الى المالك عند عجزه عن نفع(٢) قيمة الغراس وقد ذكر هذه الآثار أبو عبيد [القاسم بن سلام]

---

(١) كذا فى نسختى الدار وفى نسختنا : غيره (٢) كذا ولعلها دفع

فى كتاب الأموال، والخلال فى كتاب القرعة من الجامع (ومنهـــا) غراس الغاصب وبناؤه والمشهور عن أحمد أن للمالك قلعه مجاناً وعليه الأصحاب ، وعنه رواية ثانية لايقلع بل يتملك بالقيمة أيضا وممن حكاها القاضى وابن عقيل فى كتاب الروايتين لها وخرجاها فى خلافيهما من مسئلة الصبغ، ونص عليها أحمد فى رواية بكر بن محمد عن أبيه فيمن غصب أرضا أو دارا وبنى فيها قال يعجبنى أن يغرم البناء ويغطى لأنه ان أخذ الغاصب بناء أضر برب الأرض فى الخراب والهدم ويكون أيضا ذهاب مال الغاصب فى الآجر والجص وكل شيء وفى مسائل ابن هانيء عن أحمد فى رجل أكترى أرضا فغرس فيها أشجارا واشترط عليه رب الارض ان لايغرس فيها غيره فغرس فيها شجرا يعنى غير ماشترطه وأثمر الشجر واراد ان يقلع الغراس قال لايقلع الشجر من الارض [لئلا] يضر بهما جميعا ، وعلى هذه الرواية فلا يقلع الا مضمونا لغرس المستعير كذلك حكاها القاضى وابن عقيل فلذلك يملك بالقيمة حيث لم يكن القلع بدون ضرر (ومنهـــا) اذا بنى الوارث فى الارض الموصى بها قال ابن ابى موسى ان كان غير عالم بالوصية فهو محترم يتملك بقيمته غير مقلوع وجها واحدا ، وان كان عالما بالوصية فكذلك ويتوجه ان يقلع بناءه ولم يفرق بين ماقبل القبول وبعده فان ظاهر كلامه أن الوصية تملك بالموت من غير قبول فانه ذكر أن من أوصى لمن لايعرف حملت وصيته الى الحاكم ليفرقها فى أبواب البر ونص أحمد على ذلك أيضا ولكن ماذكره من أن الوارث اذا بنى وهو عالم بالوصية ان بناءه لايقلع يشكل على ذلك لأنه يكون كبناء الغاصب ، وأما غير العالم فبناؤه كبناء المشترى من الغاصب على ماسبق ، والمنصوص عن أحمد فى رواية ابن منصور أن البناء للورثة ولم يتعرض لتملكه عليهم ولا لقلعه فظاهره أنه محترم وذلك يرجع الى أن الموصى له يملكه من حين القبول ، أما إن قيل يملكه بالموت أو يتبين بقبوله ملكه بالموت فالبناء فى الأرض مع العلم بالحال تفريط وعدوان (ومنهـــا) من كان فى أرضه نخلة لغيره فلحق صاحب الأرض ضرر بدخوله قال أحمد فى رواية حنبل ذكر له الحديث الذى ورد فى ذلك وأن النبى صلى الله عليه وسلم أمر صاحبها أن يبيع فأبى فأمره أن يناقل فأبى فأمره أن يهب فأبى فقال النبي صلى الله عليه وسلم : انت مضار ، اذهب فاقلع نخله . قال أحمد كلما كان على هذه الجهة وفيه ضرر يمنع من ذلك فان اجاب والا جبره السلطان ، ولا يضر بأخيه اذا كان ذلك فيه مرفق له والحديث المشار اليه اخرجه ابو داود فى السنن واورده الخلال فى الجامع من وجه آخر ولايقال لم يأمره بضمان النقص فيكون كغرس الغاصب فكيف يتملك لانا قدمنا الخلاف فى غرس [الغاصب] وايضا فالامر بالقلع هنا انما كان عند الاصرار على المضارة والامتناع من قبول

مايدفع ضرر المالك ولهذا قال اصحابنا فى المستعير اذا امتنع المعير من الضمان مطلقا فطلب قيمة الغراس والبناء اجيب الى ذلك وان طلب القلع وضمان النقص لم يجب

ومن ذلك اذا اشترى حيوانا يؤكل واستثنى رأسه أو اطرافه فانه يصح . فاذا امتنع المشترى من الذبح لم يجب وكان له قيمة المستثنى نص عليه ومن ذلك من ملك ثوباً فصبغه ثم زال عنه ملكه بفسخ هل يملك من عاد اليه الملك ويملك الصبغ بالقيـــــمة أم لا قال الاصحاب فى بايع المفلس إذا دفع اليه الثوب وفيه صبغ أن له تملكه بالقيمة لانه معد للبيع ولا بد فيكون البائع أولى منه لاتصاله بملكه ، وأما إن رجع اليه بفسخ بعيب فالمشهور أنه لا يملك تملكه قهرا ، وخرج ابن عقيل وجهاً آخر أنه يتملكه بالقيمة من مسئلة الخرقى فى الصداق حيث قال له تملك الصبغ بقيمته ، ونقل حنبل عن احمد أن المشترى يرد المبيع على البائع ويأخذ منه قيمة الصبغ وهذا يشعر باجبار البائع على دفع قيمته ، وأما الغاصب اذا صبغ الثوب فهل للمالك تملك الصبغ بقيمته قهرا أم لا فيه وجهان واختار القاضى وابن عقيل عدمه وصحح بعض الأصحاب خلافه لأن المشهور أنه لا يملك قلعه فيه وجهان واختار القاضى وابن عقيل عدمه وصحح بعض الأصحاب خلافه لأن المشهور انه لا يملك قلعه ويملكه على وجه مضمون بخلاف البناء والغراس فلا يتخلص من الضرر بدون تملكه فاما الآثار التى يقع بها الشركة كضرب الحديد مسامير ونجر الخشب ابوابا فان كان ذلك من الغاصب فنص احمد فى رواية محمد بن الحكم على أن المالك يدفع اليه قيمة الزيادة ويتملكه عليه وكذا قال ابن أبى موسى والشيرازى لكنهما جعلا المردود نفقة العمل دون القيمة

﴿ القاعدة الثامنة والسبعون ﴾

من أدخل النقص على ملك غيره لاستصلاح تملكه وتخلصه من ملك غيره فان لم يكن ممن دخل النقص عليه بتفريط باشتغال ملكه بملك غيره فالضمان على من أدخل النقص ، وإن كان منه تفريط فلا ضمان على من أدخل النقص وكذا ان وجد ممن دخل النقص عليه إذن فى تفريغ ملكه من ملك غيره حيث لا يجبر الآخر على التفريغ وإن وجد منه اذن فى اشغال ملكه بمال غيره حيث لا يجبر الآخر على التفريغ فوجهان . ويفرع على ذلك مسائل كثيرة

(منها) لو باع دارا فيها ناقة لم تخرج من الباب إلا بهدمه فانه يهدم ويضمن للمشترى النقص

(ومنها) لو اشترى أرضاً فيها زرع للبائع لحصده فان لم يبق له عروق أو كانت لا تضر فليس عليه نقلها ، وإن كانت تضر عروقه بالأرض كالقطن والذرة فعليه النقل وتسوية الحفر ذكره القاضى

وابن عقيل (ومنها) لو دخل حيوان غيره داره وتعذر إخراجه بدون هدم بعضها أو أدخلت بهيمة غيره رأسها فى قدره أو وقع دينار غيره فى محبرته وتعذر إخراجه بدون الكسر ولم يكن ذلك بتفريط أحد فهدمت الدار وكسرت القدر أو المحبرة فالضمان على صاحب الحيوان والدينار (ومنها) لو حمل السيل إلى أرضه غرس غيره فنبت فيها فقلعه مالكه فعليه تسوية حفره (ومنها) لو اشترى أرضاً فغرسها ثم أفلس ورجع فيها البائع واختار المفلس والغرماء القلع فعليهم تسوية الحفر وضمان ارش النقص لأنه نقص حصل بنعلهم فى ملك البائع ليخلص ماكهم منه (ومنها) لو غصب فصيلا وأدخله داره وكبر وتعذر اخراجه بدون هدمها فانها تهدم من غير ضمان لتفريطه ، وكذلك اذا غصب غراساً وغرسه فى أرضه فانه يقلع ولا يضمن حفره (ومنها) لو غصب ثوباً فصبغه ثم طلب قلع صبغه وقلنا يملكه فعليه نقص الثوب بذلك كما لو غرس الأرض التى غصبها ثم قلع غرسه (ومنها) لو اعاره أرضاً للغراس ثم أخذ غرسه فان كان قد شرط عليه القلع فلا يلزمه ضمان النقص بذلك ولا تسوية الحفر لأن المالك رضى بذلك باشتراطه [له] وان لم يشترط عليه القلع فوجهان أحدهما لا يلزمه أيضاً قاله القاضى وابن عقيل لأن الاعارة مع العلم بجواز القلع رضاء بما ينشأ عنه من الحفر والثانى يلزمه ذلك وبه جزم صاحب الكافى لأنه قلع باختياره حيث لا يجبر عليه فقد أدخل النقص على ملك غيره لاستصلاح ماله وعلى هذا فلو طلب منه المالك القلع وبذل أرش النقص فينبغى أن لا يلزمه التسوية لأن القلع بأمر المالك مع أن كلام ابن عقيل وغيره يشعر بخلاف ذلك فاما الاعارة للزرع اذا كان عروقه الثابتة تضر بالأرض فقد يقال يجب نقلها وتسوية الحفر لان الزرع يجبر على تفريغ الارض منه بخلاف الغرس وقد يقال لا يجب لان الاذن فيه مع العلم بانه لا يبقى رضا بما ينشأ من قلعه المعتاد (ومنها) اذا أجره أرضاً للغراس وانقضت المدة كان القلع مشروطا عند انقضائها فلا ضمان وان لم يكن مشروطا ففيه الوجهان أيضاً ولم يحك صاحب الكافى فى الضمان خلافا وهو ظاهر كلام القاضى فى المجرد وعلل بانه قلع غرسه من أرض غيره التى لا يدله عليها بغير أمره، وجزم صاحب التلخيص بعدم الضمان، ولم يذكر فيه خلافا وعلل بان المالك دخل على ذلك (ومنها) اذا غرس المشتري فى الأرض ثم انتزعها الشفيع فقلع المشترى غرسه ففيه وجهان . أحدهما عليه تسوية الحفر وضمان النقص، وهو ظاهر كلام الخرقى لأن قلعه فى ملك غيره لتخليص ملكه ، والثانى لا يلزمه ذلك ذكره القاضى وبه جزم فى الكافى معللا بانتفاء عدوانه مع أنه جزم فى باب العارية بخلافه والقاضى انما علله بأنه ملك نفسه من ملك نفسه وهذا انما يكون اذا قلع قبل تملك الشفيع لا بعده

﴿ القاعدة التاسعة والسبعون ﴾

الزرع النابت فى أرض الغير بغير إذن صحيح أقسام :

القسم الأول أن يزرع عدوانا محضا غير مستند الى اذن بالكلية، وهو زرع الغاصب فالمذهب أن المالك ان أدركه نابتا فى الأرض فله تملكه بنفقته أو بقيمته على اختلاف الروايتين، وان أدركه قد حصد فلاحق له فيه، ونقل حرب عن أحمد أن له تملكه أيضا، ووهم أبو حفص العكبرى ناقلها على أن من الأصحاب من رجحها بناء على أن الزرع نبت على ملك مالك الأرض ابتداء والمعروف فى المذهب خلافه والمعتمد عند الاصحاب فى المسئلة هو حديث رافع بن خديج، وقد احتج به أحمد تارة . وقال تارة ما أراه محفوظا وذكر فيه حديثا آخر مرسلا من مراسيل الحسن بن محمد بن الحنفية . وقال هو شيء لا يوافق القياس وفرق بين زرع الغاصب وغرسه حيث يقلع غرسه كما دل عليه قوله ليس لعرق ظالم حق فان الزرع يتلف بالقلع فقلعه فساد بخلاف الغرس ومن الأصحاب من قرر موافقته للقياس بان المتولد بين أبوين مملوكين من الآدميين يكون ملكا لمالك الأم دون مالك الاب بالاتفاق مع كونه مخلوقا من مائهما وبطون الأمهات بمنزلة الأرض وماء الفحول بمنزلة البذر، ولهذا سمى النساء حرثا ولعن النبي صلى الله عليه وسلم من سقى ماءه زرع غيره فجعل الولد زرعا وهو لمالك أمه وسر ذلك أن الحيوان ينعقد من الماءين ثم يغتذى من دم المرأة فاكثر أجزائه مخلوقة من الأم كذلك البذر ينحل فى الأرض وينعقد الزرع من التربة والحبة ثم يغتذى من الأرض ومائها وهوائها فتصير أكثر أجزائه من الأرض وانما خير مالك الارض بين تملكه وبين أخذ الاجرة لانه قابل لاستيفائه بعقد الاجارة بخلاف الايلاد وجبر حق صاحب البذر باعطائه قيمة بذره ونفقة عمله حيث كان متقوما بخلاف مايخلق منه الولد فانه لاقيمة له فلذلك لم يجب لاحد الابوين شيء وهذا مطرد فى جميع المتولدات بين شيئين فى الحيوان والنبات والمعدن حتى لو ألقى رجل فى أرض رجل شيئا مما تنبت المعادن لكان الخارج منه لرب الأرض كالنتاج والزرع وهذه الطريقة سلكها القاضى فى خلافه وابن عقيل والشيخ تقى الدين وهذا ملخص من كلامه

القسم الثانى ان يؤذن له فى زرع شيء فيزرع ماضرره أعظم منه كمن استأجر لزرع شعير فزرع ذرة أو دخنا فحكمه عند الأصحاب حكم الغاصب لتعديه بزرعه فانه غير مستند الى اذن والمنصوص عن أحمد فى رواية عبد الله ان عليه ضمان أجرة المثل للزيادة ولم يذكر تملكا فان هذا الزرع بعضه مأذون فيه وهو قدر ضرر المستأجر له والزيادة عليه غير مأذون فيها . وهى غير متميزة فكيف يتملك

المؤجر الزرع كله . وقد ينبنى ذلك على اختلاف الوجهين فى قدر الواجب من الأجرة هل هو الأجرة المسماة مع تفاوت مابين الأجرتين من أجرة المثل أم الواجب أجرة المثل للجميع حيث تمحض عدوان ؟ والمنصوص الأول وهو قول الخرقى، والقاضى والثانى اختيار ابن عقيل وحكاه القاضى عن أبى بكر وكلامه فى التنبيه موافق الوجه الأول فعلى الوجه الأول لا يتوجه أن يتملك المؤجر الزرع كله وعلى الثانى يتوجه ذلك فكيف جزم القاضى بتملكه مع اختياره للوجه الأول فى الضمان . ولو استأجر للزرع مدة معينة نزرع فيها مالا تتناهى فى تلك المدة ثم انقضت فقال الأصحاب حكمه بعد انقضاء المدة حكم زرع الغاصب للعدوان ، ثم ان القاضى وابن عقيل قالا عليه تفريغ الأرض بعد المدة وليس بجار على قواعد المذهب فانما المالك مخير بين تملكه وتركه بالأجرة فاما القلع فلا

القسم الثالث أن يزرع بعقد فاسد ممن له ولاية العقد كالمالك [والوكيل] والوصى والناظر اما بمزارعة فاسدة أو باجارة فاسدة . فقال الأصحاب الزرع لمن زرعه وعليه لرب الأرض أجرة مثله . وذكر القاضى فى خلافه أن أحمد نص عليه فى رواية حرب فى البيع الفاسد وانما رواية حرب فى الغرس . وذكره الخرقى أيضا فى المزارعة الفاسدة لأن الزرع هنا استند الى اذن من له الاذن فلا يكون عدوانا ويحتمل أن (١) هذا التفريق بين إذن المالك ومن يتصرف لغيره بطريق المصلحة كالوصى فلا يعتبر اذنه لانتفاء المصلحة فى العقد الفاسد ويحتمل أيضا التفريق بين عقود الملك كالبيع وعقود التصرف بالاذن كالمزارعة لأن عقود الملك وقع العقد فيها على الملك دون الاذن ولهذا لم يصح تصرف المشترى فى العقد الفاسد بخلاف عقود التصرف فان الاذن موجود فى صحيحها وفاسدها ولذلك صححنا التصرف فى فاسدها وقد ورد فى ذلك حديث مرسل من طريق الأوزاعى عن واصل بن أبى جميل عن مجاهد ، عن اربعة اشتركوا فى زرع على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال أحدهم قبلى الأرض، وقال الآخر قبلى الفدن ، وقال الآخر قبلى البذر ، وقال الآخر على العمل. فلما استحصد الزرع تفاتوا فيه الى النبى صلى الله عليه وسلم فجعل الزرع لصاحب البذر وألغى صاحب الأرض وجعل لصاحب العمل درهما كل يوم ، وجعل لصاحب الفدان شيئا معلوما ،وقد أنكر أحمد هذا الحديث قال فى رواية ابن القاسم لا يصح والعمل على غيره . وقال ابو داود سمعت احمد ذكر هذا الحديث قال هو منكر لأن النبى صلى الله عليه وسلم جعل الزرع لصاحب الأرض ،وفى هذا الحديث جعل الزرع لصاحب البذر، وهذا الكلام يدل على أن العمل عند الامام

(١) فى نسختى الدار : على هذا التفريق

احمد على أن يكون الزرع لصاحب الأرض فى الاجارة الفاسدة والمزارعة الفاسدة. وقال فى رواية ابراهيم بن الحارث الحديث حديث ابى جعفر الخطمى يشير الى ما رواه ابو جعفر عن سعيد بن المسيب. قال قال كان ابن عمر لا يرى بها يعنى المزارعة بأساً حتى بلغه عن رافع بن خديج حديث فلقيه فقال رافع أتى النبي ﷺ بنى حارثة فرأى زرعا فقال : « ما أحسن زرع ظهير ، اليس ارض ظهير » قالوا بلى ولكنه أزرعها ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم « خذوا زرعكم وردوا عليه نفقته » اخرجه ابو داود والنسائى ولأبى داود معناه من حديث عبد الرحمن بن أبى انعم عن رافع بن خديج والدار قطنى نحوه من حديث عائشة ، ولابن عدى معناه من حديث جابر وفيها ضعف ، وكل هذه واردة فى المزارعة الفاسدة لا فى الغصب وقد رجح الامام أحمد حديث أبى جعفر على حديث ابى اسحاق عن عطاء عن رافع بن خديج فيمن زرع فى أرض قوم بغير اذنهم . وقال الحديث حديث أبى جعفر وقال فى رواية أبى داود أبو اسحاق زاد فيه زرع بغير إذنه وليس غيره يذكر هذا الحرف فقد بين أن التملك بالنفقة إنما يثبت عنده فى المزارعة الفاسدة أن يتملك الزرع فيها مع ثبوت الحديث فيها بخصوصيتها دون الغصب لاسيما وقد انكر حديث جعل الزرع لرب البذر وصرح بان العمل على غيره . وقد خرج الشيخ تقى الدين وجها فى المزارعة الفاسدة أنها تتملك بالنفقة من زرع الغاصب وقد رأيت أن كلام أحمد انما يدل عليه لا على خلافه

القسم الرابع أن يزرع فى أرض غيره بعقد ممن يظن أن له ولاية العقد ثم تبين بخلافه مثل أن تتبين الأرض مستحقة للغير فالمنصوص أن المالك الأرض تملكه بالنفقة أيضا نقله عنه الاثرم وابراهيم بن الحارث (ومنها) وهذا متوجه على قول القاضى ومن وافقه أن غرسه وبناءه كغرس الغاصب وبنائه . وأما على المنصوص هناك أن غرسه وبناءه محترم كغرس المستعير والمستأجر وبنائهما فيتوجه على هذا أن يكون الزرع لمالكه وعليه الأجرة (١) ويرجع بها على الغاصب لتقديره ، وبمثل ذلك أفتى الشيخ تقى الدين لكنه جعل الزرع بين المالك والمزارع نصفين بناء على أصله فى إيجار الغاصب بالمال أن الربح بينه وبين المالك وطرده أن يكون زرع الغاصب كذلك ولكن لا نعلم به قائلا ، ثم وجدنا ابن أبى ليلى يقول بذلك فى زرع الغاصب . وفى أجرة ما بناه فى الأرض المغصوبة وقد وافقه أحمد على أجرة البناء خاصة . ويشهد لهذا الوجه أن الزرع النابت فى أرض الغير مما حمله السيل لمالكه مبقى (١) هنا بالأجرة لحصوله من غير عدوان ولا تفريط ، وإن كان الاذن منتفياً وهنا مثله ويحتمل أن يتملكه مالك الأرض أيضا كالمزروع بعقد فاسد على ما دل عليه كلام أحمد وليس

(١) فى نسختنا : يبقى

الامتناع من قلع الغرس مجانا منافيا لتملك الزرع فان المانع من القلع ادخال الضرر على مالك الغراس بالنقص وهو معذور لغرره وهو يتعذر عليه الرجوع على الغاصب والمقتضى لتملك الزرع هو انتفاء الاذن الصحيح وهو موجود هنا ولهذا يتملك غراسه وإن قيل باحترامه

القسم الخامس أن يزرع فى أرض يملكه لها أو بأذن مالكها ثم ينتقل ملكها إلى غيره والزرع قائم فيها ، وهو نوعان : أحدهما أن ينتقل ملك الأرض دون منفعتها المشغولة بالزرع فى بقية مدته فالزرع لمالكه ولا أجرة عليه بسبب تجدد الملك بغير إشكال . ويدخل تحت هذا من استأجر أرضاً من مالكها وزرعها ثم مات المؤجر وانتقلت إلى ورثته . ومن اشترى أرضاً فزرعها ثم أفلس فان للبائع الرجوع فى الأرض والزرع للمفلس . ومن أصدق امرأته أرضاً فزرعها ثم طلقها قبل الدخول والزرع قائم . وقلنا له الرجوع فان الزرع مبقى بغير أجرة إلى أوان أخذه وكذلك حكم من زرع فى أرض يملكها ثم انتقلت إلى غيره ببيع أو غيره يكون الزرع بغير أجرة مبقى فيها إلى أوان أخذه : والنوع الثانى أن تنتقل الأرض بجميع منافعها عن ملك الأول إلى غيره. ومن أمثلة ذلك الوقف اذا زرع فيه اهل البطن الأول أو من أجروه ثم انتقل إلى البطن الثانى والزرع قائم ، فان قيل إن الاجارة لا تنفسخ وللبطن الثانى حصتهم من الأجرة فالزرع مبقى لمالكه بالأجرة السابقة ، وإن قيل بالانفساخ وهو المذهب الصحيح فهو كزرع المستأجر بعد انقضاء المدة إذا كان بقاؤه بغير تفريط من المستأجر فتبقى بالأجرة إلى أوان أخذه . وقد نص احمد عليه فى رواية مهنا فى مسئلة الاجارة المنقضية وأفتى به فى الوقف الشيخ تقى الدين وأفتى مرة أخرى بأنه يجعل مزارعة بين المزارع ورب الأرض لنموه من أرض أحدهما وبذر الآخر ، وكذلك أفتى فى الأقطاع المزروعة إذا انتقلت إلى مقطع آخر الزرع قائم فيها (ومنها) الشفيع اذا انتزع الأرض وفيها زرع للمشترى فهو محترم وهل يستحق أجرة المثل على المشترى على وجهين : أحدهما لا يستحق شيئاً وهو المذكور فى المغنى والتلخيص وقال أبو البركات فى تعليقه على الهداية هو أصح الوجهين لأصحابنا إلحاقا له ببيع الأرض المزروعة فان الأخذ بالشفعة نوع بيع قهرى : والثانى له الأجرة من حين أخذه ذكره أبو الخطاب فى انتصاره ، وهو أظهر لأن حق الشفيع فى العين والمنفعة جميعاً لوقوع العقد عليها جميعا وفى ترك الزرع مجانا تفويت لحقه من المنفعة بغير عوض فلا يجوز.

القسم السادس حمل السيل بذر إنسان إلى أرض غيره فنبت فيها فهل يلحق بزرع الغاصب لانتفاء الاذن من المالك فيملك بقيمته أو بزرع المستعير أو المستأجر من بعد انقضاء المدة لانتفاء العـــدوان من صاحب البـذر على وجهين ، أشهرهما أنه كزرع المستعير وهو

اختيار القاضى وابنه أبى الحسن وابن عقيل وذكره أبو الخطاب عن احمد لكن هل يترك فى الارض مجانا أم بأجرة على وجهين : أحدهما أنه يترك مجانا قاله القاضى وابن عقيل لأنه وإن انتفى عنه إذن الملك فقد انتفى عنه فعل الزارع فيتقابلان ولأنه حصل فى الأرض بغير تفريط فهو كالقائم فى الأرض المبيعة . والثانى له الأجرة ذكره أبو الخطاب عن احمد لأنه زرع حصل ابتداؤه فى أرض الغير بغير إذن فأوجب الأجرة على المشترى من الغاصب وهو لا يعلم

القسم السابع من زرع فى أرض غيره باذن غير لازم كالاعارة ثم رجع المالك فالزرع مبقى لمن زرعه إلى أوان حصاده بغير خلاف لكن هل تجب عليه الأجرة من حين الرجوع أم لا على وجهين أشهرهما الوجوب وهو قول القاضى وأصحابه . والثانى انتفاء لأنه دخل على الانتفاع بغير عوض ، وهو اختيار صاحب المحرر وظاهر كلام احمد فى رواية صالح يشهد له

القسم الثامن من زرع فى ملكه الذى منع من التصرف فيه لحق غيره كالراهن والمؤجر وكان ذلك يضر بالمستأجر وبالمرتهن لتنقيصه قيمة الأرض عند حلول الدين فهو كزرع الغاصب : وكذلك غراسه وبناؤه فيقلع الجميع ذكره القاضى فى خلافه وانما قلع الزرع منه لأن مالك الأرض هنا هو الزارع والمتعلق حقه بها لا يمكنه تملكه لعدم ملكه فيتعين القلع وفيه نظر أما فى الرهن فيمكن أن يقال إن نقص الأرض ينجبر برهنية الزرع فانه من جملة نماء الأرض فلا يجوز قلعه كذلك مع ما فيه من اتلاف مال الراهن ، وقد صرح القاضى فى المجرد وابن عقيل فى الفصول بأن الغراس الحادث فى الأرض المرهونة بنفسه او بفعل الراهن يكون رهنا لأنه من نمائها والزرع مثله ولو قيل انه لا يدخل فى الرهن فيجوز أن يؤخذ من الراهن أجرة مثله أو ما نقص من قيمة الأرض بسببه ويجعل رهنا وقد وقع فى كلام أحمد فى رواية ابن منصور وكلام ابن أبى موسى ما يدل على جواز انتفاع الراهن بالرهن باذن المرتهن وتؤخذ منه الأجرة وتجعل رهنا وهذا فى معناه وأما المستأجر ولاسيما ان كان استأجر الزرع فيجوز أن يقال له يملك الزرع بنفقته اذ هو مالك المنفعة كما قد يقال مثله فى الزرع فى أرض الوقف إن الموقوف عليه يتملكه بالنفقة تملكه منفعة الأرض ويحمل تخريج ذلك على الوجهين فى تملك الموقوف عليه للشفعة بشركة الوقف على طريق من علل ثبوت الشفعة بكونه مالكا وانتفاءها بتصور ملكه فكذلك ههنا ، وكذا القول فى تملكه للغراس والبناء وعلى هذا يتخرج مالو غصب الارض [الموصى بمنافعها] أو المستأجرة وزرع فيها فهل يتملك الزرع مالك الرقبة أو مالك المنفعة ■

﴿ القاعدة الثمانون ﴾

ما تكرر حمله من أصول البقول والخضروات هل هو ملحق بالزرع أو بالشجر فيه وجهان وينبني على ذلك مسائل :

منها هل يجوز بيع هذه الاصول مفردة أم لا إن الحقناها بالشجر لتكرر حملها جاز فيه صرح القاضي وابن عقيل في موضع وفرقا في موضع آخر بين ما يتباقى منها سنين كالقطن الحجازى فيجوز بيع أصوله ، ومالا يتباقى الاسنة ونحوها لا يجوز بيعه الا بشرط القطع الا أن تباع معه الأرض كالزرع ورجح صاحب التلخيص أن المقاثى ونحوها لايجوز بيعها الا بشرط القطع فانها مع أصولها معرضة للآفات كالزرع وهو مقتضى كلام الخرقى وابن أبى موسى (ومنها) اذا باع الارض وفيها هذه الاصول فان قلنا هى كالشجر انبنى على أن الشجر هل يدخل فى بيع الارض مع الاطلاق أم لاوفيه وجهان، وان قلنا هى كالزرع لم تدخل فى البيع وجها واحدا وللأصحاب فى المسئلة أيضا طريقتان: إحداهما أن حكمها حكم الشجر فى تبقية الارض وهى طريقة ابن عقيل وصاحب المحرر : والثانية أنها تتبع وجها واحدا بخلاف الشجر لأن تبقيتها فى الارض معتاد ولا يقصد نقلها وتحويلها فهى كالمنبوذات وهى طريقة أبى الخطاب وصاحب المغنى وعلى ما قررناه أولا يخرج فيها طريقة ثالثة أنها لا تتبع وجها واحداً كالزرع (ومنها) اذا غصب أرضا فزرع فيها ما يتكرر حمله فان قيل هو كالشجر فللمالك قلعه مجانا وان قيل هو كالزرع فللمالك تملكه بالقيمة وفى المسئلة وجهان مذكوران فى المغنى (ومنها) لو اشترى لقطة ظاهرة من هذه الأصول فتلفت بجائحة قبل القطع فان قيل حكمها حكم ثمر الشجر تلفت من ضمان البائع . وإن قيل هى كالزرع خرجت على الوجهين فى اجاحة الزروع (ومنها) لو ساقى على هذه الأصول فان قيل هى كالشجر صحت المساقاة وان قيل هى كالزرع فهى مزارعة

﴿ القاعدة الحادية والثمانون ﴾

النماء المتصل فى الأعيان المملوكة العائدة الى من انتقل الملك عنه بالمفسوخ تتبع الأعيان على ظاهر المذهب عند أصحابنا والمنصوص عن أحمد أنه لايتبع وهو الذى ذكره الشيرازى فى المبهج . ولم يحك فيه خلافا وهو اختيار ابن عقيل صرح به فى كتاب الصداق والشيخ تقى الدين ويتبع الاصل فى التوثقة والضمان على المشهور ويتخرج على ذلك مسائل :

(منهـــا) المردود بالعيب اذا كان قد زاد زيادة متصلة كالسمن وتعلم صناعة فالمشهور عند

الاصحاب ان الزيادة للبائع تبعا لاصلها ولا يستحق المشترى عليه شيئا وخرج ابن عقيل بان الزيادة للمشترى وكذلك قال الشيرازى وزاد أنه يرجع على البائع بقيمة النماء وكذلك ذكره الشيخ تقى الدين وأخذه من عموم كلام أحمد فى رواية أبى طالب اذا اشترى غنما فنمت ثم استحقت فالنماء له قال وهذا يعم المنفصل . والمتصل قلت وقد نص أحمد على الرجوع بقيمة النماء المتصل صريحا كما قال الشيرازى فى رواية ابن منصور فيمن اشترى سلعة فنمت عنده وكان بها داء فان شاء المشترى حبسها ورجع بقدر الدواء وإن شاء ردها ورجع عليه بقدر النماء وتأولها القاضى على أن النماء المتصل يرده معها وهو ظاهر الفساد لأن الضمير فى قوله رجع يعود الى المشترى وفى قوله عليه يعود الى البائع وانما يرجع المشترى على [البائع بقيمة] النماء المنفصل ، ووجه الاجبار هنا على دفع القيمة ان البائع قد أجبر على أخذ سلعته ورد ثمنها فكذلك نماؤها المتصل بها يتبعها فى حكمها وان لم يقع عليه العقد والمردود بالاقالة والخيار يتوجه فيه مثل ذلك الا أن يقال الفسخ للخيار وقع للعقد من أصله بخلاف العيب والاقالة وقد صرح بذلك القاضى وابن عقيل فى خلافهما وفيه بعد

ومنهـــا المبيع إذا أفلس مشتريه قبل نقد الثمن ووجده البائع قد نما نماء متصلا قال القاضى وأصحابه يرجع به ولا شىء للمفلس وكذلك ابن أبى موسى ذكر الرجوع وهو مأخوذ مما روى الميمونى واسحاق بن ابراهيم عن أحمد اذا زادت العين أو نقصت يرجع فى الزيادة والنقصان، ولفظ رواية اسحاق قيل له فان كان زاد أو نقص يوم اشتراه قال هو أحق به زاد أو نقص ، وهذا يحتمل أن يراد به زيادة السعر ونقصانه وان استبعد ذلك فليس فى استحقاق الرجوع ماينافى مطالبته بقيمة الزيادة كما لو كانت الزيادة صبغاً فى الثوب. وقال الخرقى ليس له الرجوع وذكر القاضى فى كتاب الهبة من خلافه أنه منصوص عن أحمد فيكون أسوة بالغرماء كما لو طلق الزوج قبل الدخول وقد زاد الصداق زيادة متصلة وفارق الرد بالعيب عند من سلمه لأن الرد بالعيب قد رضى المشترى برده بزيادته بخلاف المفلس . ولأن الرد بالعيب استند الى سبب مقارن للعقد والفسخ هنا استند الى سبب حادث وهو حكم الحاكم وهو شبيه بالطلاق قبل الدخول وينتقض الاول بما لو اشترى عبداً بثوب فوجد صاحب الثوب به عيبا فانه يرده ويأخذ العبد وان كان قد سمن . والثانى بما لو باعه عينا بعد افلاسه وقبل حجر الحاكم فان حجره انما هو معتبر لثبوت المفلس وظهوره . وقد سبق نص أحمد بذلك وأيضا فلو باعه بعد الحجر ولم يعلم فانه يرجع بها فى أحد الوجهين . وفرق الأولون بين رجوع البائع ههنا وبين الصداق بأن الصداق يمكن الزوج الرجوع الى بدله تاما بخلاف البائع فانه لايمكنه الدخول الى حقه تاما الا بالرجوع ، هذا ضعيف لان اندفاع الضرر عنه بالبدل لا يسقط حقه من

العين لو كان ثابتا ثم يبطل بما لو كانت الزوجة مفلسة فان حقه لايثبت فى العين فبطل الفرق ويتخرج من رواية ابن منصور فى الرد بالعيب أن يرجع البائع ههنا ويرد قيمة الزيادة كما لو صبغ المفلس الثوب (ومنها) ماوهب الأب لولده اذا زادز يادة متصلة فهل يمنع رجوع الأب أم لا على روايتين معروفتين. والمنصوص عن أحمد فى رواية ابن منصور امتناع الرجوع وعلى القول بجوازه فلا شىء على الأب للزيادة لأنها تابعة لما يباح له من مال ولده فهو بالرجوع والقبض يتملك لها

(ومنها) اذا أصدقها شيئا فزاد زيادة متصلة ثم طلقها قبل الدخول لم يكن له الرجوع فى نصفه وسقط حقه منه الى قيمة النصف ذكره الخرقى ولم نعلم عن أحد من الأصحاب خلافه حتى جعله القاضى فى المجرد رواية واحدة وفرق بينه وبين البائع المفلس بأن فسخ البائع رفع للعقد من أصله والطلاق قاطع للنكاح من حينه فلا يكون للزوج حق فى الزيادة وهذا ممنوع فان الفسخ بالفلس رفع للعقد من حينه أيضا فهو كالطلاق . وخرج صاحب المحرر الرجوع فى النصف بزيادة المتصلة من الرواية المحكية عن أحمد فى الرجوع فى نصف الزيادة المنفصلة وأولى . وسنذكر أصل هذه الرواية فيما بعد ان شاء الله تعالى ويتخرج فيه وجه آخر بالرجوع فى النصف بزياته وبرد قيمة الزيادة كما فى الفسخ بالعيب على ماتقدم . وهذا اذا كانت العين يمكن فصلها وقسمتها . وان لم يمكن فهو شريك بقيمة النصف يوم الاصداق (ومنها) اذا اشترى قصيلا بشرط القطع فتركه حتى سنبل واشتد أوثمرا ولم يبد صلاحه بشرط القطع فتركه حتى بدا صلاحه فهل يبطل البيع بذلك أم لا فيه روايتان : أشهرهما أنه يبطل وهو اختيار الخرقى وأبى بكر وابن أبى موسى والقاضى والاكثرين وللبطلان مأخذان أحدهما أن تأخيره محرم لحق الله تعالى فابطل البيع كتاخير القبض فى الربويات ولأنه وسيلة الى شراء الثمرة وبيعها قبل بدو صلاحها وهو محرم ، ووسائل المحرم ممنوعة وبهذا علل أحمد فى رواية أبى طالب : والمأخذ الثانى أن مال المشترى اختلط بمال البائع قبل التسليم على وجه لايتميز منه فبطل به البيع كما لو تلف فان تلفه فى هذه الحال يبطل البيع لضمانه على البائع فعلى المأخذ الأول لا يبطل البيع الا بالتأخير الى بدو الصلاح واشتداد الحب وهو ظاهر كلام أحمد فى رواية أبى طالب وظاهر كلام الخرقى ، ويكون تأخره الى ماقبل ذلك جائزا وقد نص أحمد فى روايه الحسن بن بواب على أنه اذا أخره حتى تلف بعاهة قبل صلاحه انه من ضمان البائع معللا بان هذا نشأ فى ملك البائع ونخله فلما علل بانفصاله لملك البائع علم أن البيع لم يكن منفسخا قبل تلفه وكان التأخير تفريطا ولو كان المشترى رطبة أو ماأشبهها من النعناع والهندبا أو صوفا على ظهر فتركها حتى طالت لم ينفسخ البيع لأنه لانهى فى بيع هذه الأشياء وهذه طريقة القاضى فى المجرد : وعلى الماخذ الثانى

يبطل البيع بمجرد الزيادة واختلاط المالين الا أنه يعفى عن الزيادة اليسيرة كاليوم واليومين ونص على ذلك أحمد فى رواية أحمد بن سعيد ولافرق بين الثمر والزرع وغيرهما من الرطبة والبقول والصوفة وهى طريقة أبى بكر عبد العزيز والقاضى فى خلافه وصاحب المغنى وبمثل ذلك أجاب ابو الحسن الجزرى فيمن اشترى خشبا ليقطعه فتركه حتى اشتد وغلظ ان البيع ينفسخ ومتى تلف بجائحة بعد التمكن من قطعه فهو من ضمان المشترى وهو مصرح به فى المجرد والمغنى وتكون الزكاة على البائع على هذا المأخذ بغير اشكال واما على الاول فيحتمل ان يكون على المشترى لأن ملكه انما ينفسخ بعد بدو الصلاح وفى تلك الحال تجب الزكاة فلا تسقط بمقارنته الفسخ على رأى من يرى جواز اقتران الحكم ومانعه كما سبق، ويحتمل أن يكون على البائع ثم يذكر الاصحاب فيه خلافا لأن الفسخ ببدو الصلاح استند الى سبب سابق عليه وهو تاخير القطع وقد يقال ببدو الصلاح يتعين انفساخ العقد من حين التاخير ونقل أبو طالب عن احمد فيما اذا تركه حتى صار شعيرا إن اراد حيلة فسد البيع فمن الاصحاب من جعل هذه رواية ثالثة بالبطلان مع قصد التحيل على شراء الزرع قبل استناده للتبقية (١) كابن عقيل فى التذكرة ومنهم من قال بل متى تعمد الحيلة فسد البيع من أصله ولم ينعقد بغير خلاف، وإنما الخلاف فيما إذا لم يقصد الحيلة ثم تركه حتى بدا صلاحه كصاحب المغنى. ومنهم من قال قصد الحيلة إنما يؤثر فى الاثم لا فى الفساد وعدمه وهى طريقة القاضى، وإذا تقرر هذا فالزيادة إنما تعلم باختلاف القيمة لعدم تمييزها فى نفسها وهى تفاوت ما بين القيمة يوم الشراء وبعد الزيادة الحادثة [بعده]، كذلك قال القاضى فى المجرد ونص عليه احمد فى رواية ابن منصور على ما سيأتى، وهو متمش على المأخذ الثانى فى الانفساخ بمجرد الزيادة بعد العقد. وأما على المأخذ الأول فالزيادة هى تفاوت مابين القيمة قبل بدو الصلاح وبعده لأنه لم يزل عنه ملك المشترى وقت ظهور الصلاح، وبذلك جزم فى الكافى وحكاه فى المغنى احتمالا عن القاضى، وبقى الكلام فى حكم الزيادة على الروايتين أما على رواية الانفساخ ففيها روايتان: احداهما أنها للبائع وهى اختيار ابن أبى موسى والقاضى ونقلها أبو طالب وغيره عن احمد لأن البيع متى انفسخ يعود الى بائعه بنمائه المنفصل كسمن العبد ونحوه بل هنا أولى لأنه نماء من تيقنه فى ملكه فحقه فيه أقوى، والثانية يتصدقان بها مع فساد البيع قال القاضى فى المجرد والروايتين نقلها حنبل قال وهى محمولة عندى على الاستحباب بوقوع الخلاف فى صحة العقد وفساده ومستحق النماء فاستحب الصدقة به وأنكر الشيخ مجد الدين ثبوت هذه الرواية وقال هى سهو من القاضى، قال وانما ذكرها القاضى فى خلافه

(١) فى نسختى الدار: اشتداده للتبقية

مستدلا بها على الصحة فأما مع الفساد فلا وجه لهذا القول، وأما ابن أبي موسى فقال وعنه يتصدق البائع بالفضل لأنه نماء فى غير ملكه ، وهذا التعليل يرد عليه الزيادة فى المردود بالعيب ونحوه، لكن المراد أن هذه الزيادة عادت إليه لانفساخ العقد على وجه منهى عنه فى الشرع بخلاف الرد بالعيب ثم حكى رواية ثالثة باشتراك البائع والمشترى فى الزيادة، وهذه الرواية ترجع الى القول بان الزيادة المتصلة لا تتبع فى الفسخ بل تبقى على ملك المشترى ، وانما شاركه البائع فيها لأنها نمت من ملكه وملك المشترى ولولا ذلك لانفرد بها المشترى وخص ابن أبى موسى هذا الخلاف بالثمار ، فاما الزرع فلم يذكر فيه خلافا [الا] أن الزيادة البائع وأما على رواية الصحة ففى حكم الزيادة ثلاث روايات احداهن انما يشتركان بينهما [فيها] ، نقلها احمد بن سعيد لحدوثها على ملكيهما كما سبق وحملها القاضى على الاستحباب ولا يصح ، وبالاشتراك أجاب ابو حفص البرمكى فيمن اشترى [خشباً] للقطع فتركه حتى اشتد وغلظ ، والثانية يتصدقان بها واخذها القاضى فى خلافه من رواية حنبل وتلك قد صرح فيها أحمد بفساد البيع على ماحكاه القاضى أيضاً فى المجرد و [كتاب] الروايتين ثم قال وهذا عندى على الاستحباب المنهى عن ربح مالم يضمن وهذا لم يضمن على المشترى فكره له ربحه وكره للبائع لحدوثه على ملك المشترى، وكذلك مال صاحب المغنى الى حملها على الاستحباب لأن الصدقة بالشبهات مستحب وهذه شبهة لاشتباه الأمر فى مستحقها، ولحدوثها بجهة محظورة ويشبه هذه الرواية ما نص عليه احمد فى ربح مال المضاربة اذا خالف فيه المضارب أنه يتصدق به وفيمن أجر ما استأجره بربح أنه يتصدق به لدخوله فى ربح مالم يضمن والرواية الثالثة أن الزيادة كلها للبائع نقلها القاضى فى خلافه فى مسئلة زرع الغاصب ، ونص عليه احمد فى رواية ابن منصور فيمن اشترى قصيلا فتركه حتى سنبل يكون للمشترى منه بقدر ما اشترى يوم اشترى فان كان فيه فضل كان للبائع صاحب الارض قيل له وكذلك النخل اذا اشتراه ليقلعه فطلع ؟ قال كذلك فى النخل فان كان فيه زيادة فهو لصاحب الارض البائع ، ووجهه القاضى بان الزيادة من [نماء] ملك البائع فهى كالربح فى المال المغصوب فانه يكون لصاحب المال دون الغاصب ويلغى تصرفه فيه لكونه محظورا كذلك ههنا ويمكن ان يفرق بينه وبين تصرف الغاصب بأن الغاصب انما له آثار عمل فألغيت وهنا للمشترى عين مال نمت فكيف يسقط حقه من نمائها ، ويجاب عنه بان المشترى إنما يستحق بالعقد ما وقع عليه العقد من الثمرة وما زاد على ذلك فلا حق له فيه وهذا البيع لم يتم قبضه فيه ولا وجد فى ضمانه فلا يستحق أن يقبض غير ما وقع عليه البيع بمقتضى عقده . وحمل القاضى قول احمد ههنا وكذلك النخل إذا اشتراه ليقلعه على أنه اشترى جذوعه ليقطعها ، وقال الشيخ مجد الدين ويحتمل عندى ان

يقال بان زيادة الثمرة فى صفتها للمشترى وما طال من الجزة للبائع لأن هذه الزيادة لو فرضنا أن المشترى كان قد جزما اشتراه لأمكن وجودها ويكون للبائع ، فكذلك إذا لم تجز انتهى واختار القاضى خلاف هذا كله وأن الزيادة كلها للمشترى مع صحة العقد وللبائع مع فساده ولم يثبت فى كتاب الروايتين فى المذهب فى هذا خلافاً، وما قاله من انفراد المشترى بالثمرة بزيادتها مخالف لمنصوص احمد وقياسه كذلك على سمن العبد غير صحيح لأن هذه الزيادة نمت من أصل البائع مع استحقاق ازالتها عنه بخلاف سمن العبد وطوله ولو قال مع ذلك بوجوب الاجرة للبائع الى حين القطع لكان أقرب كما أفتى به ابن بطة فيمن اشترى خشباً للقطع فتركه فى أرض البائع حتى غلظ واشتد أنه يكون بزيادته للمشترى وعليه لصاحب الأرض اجرة أرضه المدة التى تركها فيه وأخذه من غرس الغاصب ولكن تبقية الشجر فى الارض له أجرة معتبرة ولمالك الزرع فاما تبقية الثمر على رؤوس الشجر فلا يستحق له أجرة بحال ذكره القاضى فى التفليس وحكم العرايا اذا تركت فى رؤوس النخل [حتى أثمرت] حكم الثمر إذا ترك حتى يبدو صلاحه عند القاضى وأكثر الاصحاب ، ومنهم من لم يحك خلافا فى البطلان فى العرية بخلاف الثمر والزرع كالحلوانى وابنه ويفرق بينهما بان بيع العرايا رخصة مستثناة من المزابنة المحرمة شرعت للحاجة الى أكل الرطب وشرائه بالثمن فاذا(١) ترك حتى صار تمراً فقد زال المعنى الذى شرعت لاجله الرخصة وصار بيع تمر بتمر فلم يصح الا بتعيين(٢) المساواة والله أعلم . وأما العقود فيتبع فيها النماء الموجود حين ثبوت الملك بالقبول أو غيره فلم يكن موجوداً حين الايجاب أو مايقوم مقامه فمن ذلك الموصى به اذا نما نماءاً منفصلا(٣) بعد الموت وقبل القبول فانه يتبع العين اذا احتمله الثلث ذكره صاحب المغنى ، وقال صاحب المحرر ان قلنا لا ينتقل الملك الا من حين القبول فالزيادة محسوبة كذلك عليه من الثلث ، وان قلنا ثبتت من حين الموت فالزيادة له غير محسوبة عليه من التركة لأنها نماء ملكه ومنه الشقص المشفوع اذا كان فيه شجر فنمى قبل الاخذ بالشفعة فانه يأخذه بنمائه بالثمن الذى وقع عليه العقد ولا شىء عليه فى الزيادة وكذلك لو كان فيه ثمر أو زرع فنمى وقلنا يتبع فى الشفعة كما هو أحد الوجهين فيهما ولو تابر الطلع المشمول بالبيع فى يد المشترى ثم أخذه الشفيع ففى تبعيته وجهان لتعلق حقه بالطلع ونمائه (ومنه) لو اشترى رجل من أهل الحرب ما استولوا عليه من مال مسلم ثم نمى عند المشترى نماءاً منفصلا (٤) حتى زادت قيمته فانه يأخذه بالثمن الذى اشتراه به ولا شىء عليه للزيادة فنص عليه أحمد فى رواية مهنا ، وأما تبعية النماء فى عقود التوثق فانه يتبع فى الرهن وأموال الزكاة والجانى فى التركة المتعلق

(١) فى ٧١١ بالثمر (٢) وفيها : بتيقن (٣) ، (٤) وفيها : متصلا

بها حقوق الغرماء ، وان قيل بانتقالها الى الورثة لان التعلق فيها إما تعلق رهن أو جناية والنماء المتصل تابع فيهما صرح القاضى وابن عقيل بذلك كله متفرقا فى كلامهما ، وأما عقود الضمان فتتبع فى الغصب على ظاهر المذهب وحكى ابن أبى موسى فيه رواية أخرى أنه لا يتبع ولا يكون النماء المتصل الحادث فى يد الغاصب مضمونا اذا رد الاصل كما قبضه وقياسه العارية لان الانتفاع حاصل به فيصير حكمه حكم الاصل كنماء العين المستأجرة وتتبع أيضا فى الصيد الذى فى يد المحرم وفى نماء المقبوض بعقد فاسد وجهان معرفان

﴿ القاعدة الثانية والثمانون ﴾

والنماء المنفصل تارة يكون متولدا من عين الذات كالولد والطلع والصوف واللبن والبيض وتارة يكون متولداً من غيرها واستحق بسبب العين كالمهر والأرش والحقوق المتعلقة بالاعيان ثلاثة : عقود وفسوخ وحقوق يتعلق بغير فسخ ولا عقد فاما العقود فلها حالتان احداهما [أن ترد] على الاعيان بعد وجود نمائها المنفصل فلا يتبعها النماء وسواء كان من العين أو غيرها الا ماكان متولدا من العين فى حال اتصاله بها واستتاره وتعيبه فيها باصل الخلقة فانه يدخل تبعا كالولد واللبن والبيض والطلع غير المؤبر او كان ملازما للعين لايفارقها عادة كالشعر والصوف فانها تلحق بالمتصل فى استتباع العين وفى المجرد والفصول وجه فى الرهن انه لايدخل فيه صوف الحيوان ولبنه ولا ورق الشجر المقصود وهو بعيد ، أما المنفصل البائن فلا يتبع بغير خلاف الا فى التدبير فان فى استباع الاولاد فيه روايتين ، والحالة الثانية ان يحدث النماء بعد ورود العقد على العين فينقسم العقد الى تمليك [وغيره] . وأما عقود التمليكات المنجزة فما ورد منها على العين والمنفعة بعوض أو غيره فانه يستلزم استتباع النماء المنفصل من العين وغيره كالبيع والهبة والعتق وعوضه وعوض الخلع والكتابة والاجارة والصداق وغيرها وما ورد منها على العين المجردة من غير منفعة كالوصية بالرقبة دون المنافع والمشترى لها من مستحقها على القول بصحة المبيع فلا يتبع فيه النماء من غير العين ، وفى استتباع الأولاد وجهان بناء على أن الولد جزء أو كسب وما ورد فيها على المنفعة المجردة فان عم المنافع كالوقف والوصية بالمنفعة تتبع فيه النماء الحادث من العين وغيرها الا الولد فان فيه وجهين مصرح بهما فى الوقف ومخرجان فى غيره بناء على انه جزء أو كسب وفى ارش الجناية على الطرف بالاتلاف احتمالان مذكوران فى الترغيب هل هو للموقف عليه كالفوائد أو يشتري به شقص يكون وقفا كبدل الجملة فان كانت الجناية بغير اتلاف فالأرش للموقوف عليه

وجها واحدا وان كان العقد على منفعة خاصة لا تتأبد كالاجارة فلا تتبع فيه شيئاً من النماء المنفصل بغير خلاف وأما عقود غير التمليكات المنجزة فنوعان أحدهما [ما] يؤول الى التمليك فما كان منه لازما لا يستقل العاقد(١) أو من يقوم مقامه بابطاله من غير سبب فانه يتبع فيه النماء المنفصل من العين وغيرها ويندرج فى ذلك صور :

(منها) المكاتبة فيملك اكتسابها ويتبعها أولادها بمجرد العقد (ومنها) المكاتب يملك اكتسابه ويتبعه أولاده من أمته كما يتبع الحر ولده من امته ولا يتبعه ولده من أمة لغيره

(ومنها) الموصى بعتقه اذا كسب بعد الموت وقبل اعتاق الورثة فان كسبه له ذكره القاضى وابن عقيل وصاحب المحرر لأن اعتاقه واجب لحق الله تعالى ولا يتوقف على قبول فهو كالمعتق بخلاف الوصية لمعين وقال صاحب المغنى فى آخر باب العتق كسبه الورثة كأم الولد ولكن يمكن التفريق بينهما بان ام الولد مملوكة لسيدها والموصى بعتقه غير مملوك للورثة لأن الوصية تمنع انتقاله اليهم ، واذا قيل هو على ملك الميت فهو ملك تقديرى لا يمنع من استحقاق الكسب فلو كان أمة فولدت قبل العتق وبعد الموت تبعها الولد كأم الولد هذا هو الظاهر ، وقال القاضى فى تعليقه لا يعتق (ومنها) المعلق عتقه بوقت أو صفة بعد الموت كمن قال لعبده ان مت ثم دخلت الدار فانت حر أو انت حر بعد موتى بسنة وصححنا ذلك فكسبه بين الموت ووجود شرط العتق للورثة ذكره القاضى وابن عقيل وصاحب المغنى كام الولد بخلاف الموصى بعتقه . لأن ذلك وجب عتقه فى الحال وهذا يتردد فى وجود شرط عتقه فانه قد يجىء الوقت المعين بعد موته وقد لا توجد الصفة حتى ذكر فى المغنى فى منع الوارث من التصرف فيه قبل الصفة احتمالين وصرح صاحب المستوعب بانه باق على حكم ملك الميت لا ينتقل الى الورثة كالموصى بعتقه . وعلى هذا فيتوجه أن كسبه له وما قيل من احتمال موته قبل الصفة معارض باحتمال موت الموصى بعتقه قبل العتق ، وأما ان كانت أمة وولدت بعد الموت فهو تابع لها كام الولد صرح به القاضى وابن عقيل وهو متوجه سواء قيل إن هذا العقد تدبير كقول ابن أبى موسى والقاضى فى خلافه أو قيل إنه تعليق كقول القاضى فى المجرد وابن عقيل فانه تعليق لازم مستقر لا يمكن ابطاله فهو كالكتابة، وهذا يشهد لما ذكرنا من تبعية الولد فى التى قبلها (ومنها) الموصى بوقفه اذا نمى بعد الموت وقبل ايقافه فافتى الشيخ تقى الدين أنه يصرف مصرف الوقف لأن نماءه قبل الوقف كنمائه بعده (ومنها) (٢) ما نقل يعقوب بن بختان وابراهيم بن هانىء عن أحمد فيمن جعل مالا فى وجوه البر فاتجر به الوصي قال ان ربح

(١) فى نسختنا العقد (٢) هذه الفقرة ليست فى نسختي الدار

جعل ربحه مع المال فيما أوصى به وان خسر كان ضامنا ، فهذا ان كان مراده اذا وصى بتفرقة عين المال فواضح وان كان وصى أن يشترى فيما ينمو ويوقف أو يتصدق بنمائه كان مخالفا لما أفتى به الشيخ (ومنها) الموصى به لمعين يقف على قبوله اذا نمى بعد الموت وقبل القبول نماء منفصلا فينبنى على أن الملك قبل القبول هل هو للوارث أو للميت أو للموصى له ، وفيه ثلاثة أوجه فان قيل إنه للوارث فهو مختص بنمائه وان قيل هو على ملك الميت فنماؤه من التركة وان قيل انه للموصى له بمعنى أنا نتبين بقبوله ملكه بالموت أو قيل إنه لا يتوقف ملكه على قبول فنماؤه كله للموصى له (ومنها) النذر والصدقة والوقف إذا لزمت فى عين لم يجز لمن أخرجها عن ملكه أنه يشترى شيئا من نتاجها نص عليه أحمد فى الصدقة والوقف فى رواية حنبل . ولو اشترى عبدا فاعتقه ثم بان به عيب فاخذ أرشه فهل يملك لنفسه أو يجب عليه صرفه فى الرقاب على روايتين وخص القاضى الروايتين بالعتق عن الواجب اذا كان العيب يمنع الاجزاء إلحاقا للارش بالولاء ولو اشترى شاة فاوجبها أضحية ثم أصاب بها عيبا فاخذ أرشه اشترى به أضحية فان لم يمكن تصدق به ذكره القاضى وفرق بينه وبين العتق بان القصد من العتق تكميل أحكام العبد وقد حصل والقصد من الأضحية ايصال لحمها الى المساكين فاذا كان فيه عيب دخل الضرر عليهم فوجب رد أرشه عليهم جبرا [وتكميلا] لحقهم وفى الكافى احتمال آخر أن الأرش له كما فى العتق وأما الهدى والأضاحى اذا تعين فان قيل إن ملكه لا يزول بالتعيين كقول القاضى والاكثرين فهو من هذا النوع وان جاز إبداله لأن ابداله نقل للحق لا إسقاط له كالوقف ويتبعه نماؤه منه كالولد فاذا ولدت الأضحية ذبح معها ولدها وهل يكون أضحية بطريق التبع أم لا ؟ فيه وجهان أحدهما هو أضحية قاله فى المغنى فيجوز أن يأكل منه كامه والثانى ليس باضحية قاله ابن عقيل قال وان تصدق به صحيحا فهل يجزىء ؟ فيه احتمالان لتردده بين الصدقة المطلقة وبين أن يحذى به حذو الام والاشبه بكلام أحمد أنه أضحية فانه قال فى رواية ابن مشيش يذبحها وولدها عن سبعة وقال فى رواية ابن منصور يبدأ بايهما شاء فى الذبح وأنكر قول من قال لا يبدأ الا بالأم وعلى هذا فهل يصير الولد تابعا لأمه أو مستقلا بنفسه حتى لو باع أمه أو عابت وقلنا يرد الى ملكه فهل يرجع ولدها معها على وجهين ذكرهما فى المغنى ولا فرق بين أن يعين ابتداء أو عن واجب فى الذمة على الصحيح وفيه وجه آخر ان المعينة عما فى الذمة لا يتبعها ولدها لأن الواجب فى الذمة واحد والصحيح الأول لأنها بالتعيين صارت كالمعينة ابتداء وأما اللبن فيجوز شربه ما لم يعجفها للنص ولأن الاكل من لحمها جائز فيجوز الانتفاع بغيره من منافعها ومن درها وظهرها فاما الصوف فنص أحمد على كراهة جزه الا أن يطول ويكون جزه

نفعا لها ، قال الأصحاب ويتصدق به وفرقوا بين الصوف واللبن بانالصوف كان موجودا حال ايجابها فورد الايجاب عليه واللبن يتجدد شيئا بعد شئ فهو كمنفعة ظهرها ، وقال القاضى فى المجرد ويستحب له الصدقة بالشعر وله الانتفاع به وذكر ابن الزاغونى أن اللبن والصوف لايدخلان فى الايجاب وله الانتفاع بهما اذا لم يضر بالهدى وكذلك قال صاحب التلخيص فى اللبن ولو فقأ رجل عين الهدى المعين ابتدأ أخذ منه أرشه وتصدق به ذكره القاضى فى خلافه وان قيل بزوال ملكه بالتعيين كقول أبى الخطاب فهو من قسم التمليكات المنجزة كالعتق والوقف وان جاز الانتفاع ببعض منافعه كمن وقف مسجدا فانه ينتفع به مع جملة المسلمين وأما ما كان منها غير لازم وهو [١٥] يملك العاقد ابطاله إما بالقول اوتمنع نفوذ الحق المتعلق به بازالة الملك من غير وجواب ابدال فلا يتبع فيه النماء من غير عينه . وفى استتباع الولد خلاف، ويندرج تحت ذلك صور :

(منها) المدبرة فانه يتبعها ولدها على المذهب المشهور وعنه رواية أخرى لايتبعها وزعم أبو الخطاب فى انتصاره أن هذا الخلاف نزل على أن التدبير هل هو لازم ام لا . فان قيل بلزومه تبع الولد والا لم يتبع وابى اكثر الأصحاب ذلك وعلى القول بالتبعية قال الأكثرون يكون مدبراً بنفسه لا بطريق التبع بخلاف ولد المكاتبة وقد نص احمد فى رواية ابن منصور على أن الأم لو عتقت فى حياة السيد لم يعتق الولد حتى يموت وعلى هذا لو رجع فى تدبير الأم وقلنا له ذلك بقى الولد مدبراً هذا قول القاضى وابن عقيل ، وقال أبو بكر فى التنبيه بل هو تابع محض لها ان عتقت عتق وان رقت رق وهو ظاهر كلام ابن أبى موسى أيضا (ومنها) المعلق عتقها بصفة اذا حملت وولدت بين التعليق ووجود الصفة ففى عتقه معها وجهان معروفان ولو لم توجد الصفة فى الأم لم يعتق ولو وجدت فيه الصفة لأنه تابع محض (ومنها) الموصى بعتقها اووقفها اذا ولدت قبل موت الموصى لم يتبعها ذكره القاضى فى الموصى بعتقها وقياسه الأخرى ويحتمل أن تتبع فى الوصية بالوقف بناء على أن المغلب فيه شوب التحرير دون التمليك (ومنها) المعلق وقفها بالموت إن قلنا هو لازم وهو ظاهر كلام أحمد من رواية الميمونى [صارت كالمستولدة فينبغى أن يتبعها ولدها وان قلنا ليس بلازم وكلام احمد فى آخر رواية الميمونى](١) يشعر به حيث قال ان كان تناول وشبهه بالمدبر يعنى أنه يتبعه فهل يتبعها الولد كالمدبر أو لا يتبع لأن الوقف تغلب فيه شائبة التمليك فهو كالموصى به ويحتمل وجهين.

النوع الثانى عقود موضوعة لغير تمليك العين فلا يملك بها النماء بغير اشكال اذ الأصل لا يملك فالفرع أولى ولكن هل يكون النماء تابعاً لأصله فى ورود العقد عليه وفى كونه مضمونا ام غير

(١) الزيادة عن نسختي الدار

مضمون فان كان العقد وارداً على العين وهو لازم فحكم النماء حكم الأصل ، وان كان غير لازم او لازماً لكنه معقود على المنفعة من غير تابيد اوعلى ما فى الذمة فلا يكون النماء داخلا فى العقد وهل يكون تابعاً للاصل فى الضمان وعدمه فيه وجهان احدهما : أنه تابع له فيهما . والثانى ان شارك الأصل فى المعنى الذى أوجب الضمان اوالائتمان تبعه والا فلا ويندرج تحت ذلك صور :

(منها) المرهون فنماؤه المنفصل كله رهن معه سواء كان متولداً من عينه كالثمرة والولد او من كسبه كالأجرة أو بدلا عنه كالارش وهو داخل معه فى عقد الرهن فتملك الوكيل فى بيع الرهن بيعه معه وان كان حادثاً بعد العقد والتوكيل (ومنها) الأجير كالراعى وغيره فيكون النماء فى يده أمانة كاصله ولا يلزمه رعى سخال الغنم المعينة فى عقد الرعى لأنها غير داخلة فيه بخلاف ما اذا كان الاستئجار على رعى غير معينة فان عليها رعى سخالها لأن عليه أن يرعى ماجرى العرف به مع الاطلاق ذكره القاضى فى المجرد (ومنها) المستأجر يكون النماء فى يده أمانة كأصله وليس له الانتفاع به لأنه غير داخل فى العقد وهل له امساكه بغير استئذان مالكه تبعاً لأصله جعلا للاذن فى إمساك أصله اذناً فى امساك نمائه ام لا كمن أطارت الريح الى داره ثوب غيره خرجه القاضى وابن عقيل على وجهين (ومنها) الوديعة هل يكون نماؤها وديعة وأمانة محضة كالثوب المطار الى داره على الوجهين أيضاً (ومنها) العارية لا يرد عقد الاعارة على ولدها فليس للمستعير الانتفاع به وهل هو مضمون كأصله ام لا على وجهين ذكرهما القاضى وابن عقيل فى باب الرهن احدهما هو مضمون لأنه تابع لأصله والثانى ليس بمضمون لأن أصله انما ضمن لامساكه للانتفاع به [فى باب الرهن] والنماء ممسوك لحفظه على المالك فيكون امانة وقالا فى كتاب الغصب ان فى ولد العارية وجهاً واحداً (ومنها) المقبوضة على وجه السوم اذا ولدت فى يد القابض قال القاضى وابن عقيل حكمه حكم أصله ان قلنا هو مضمون فالولد مضمون والا فلا ويمكن ان يخرج فيه وجه آخر انه ليس بمضمون كولد العارية لأن أمه انما ضمنت لقبضها بسبب الضمان والتمليك والولد ولم يحصل قبضه على هذا الوجه فهو كالثوب المطار بالريح الى ملكه (ومنها) المقبوض بعقد فاسد وفى ضمان زيادته وجهان ووجه القاضى سقوط الضمان بانه انما دخل على ضمان العين دون نمائها وهو منتقض بتضمينه الأجرة (ومنها) الشاهدة والضامنة والكفيلة لا يتعلق باولادهن شئ من هذه الأحكام لأن هذه حقوق متعلقة بالذمة لا بالعين فهى كسائر عقود المداينات ذكره القاضى فى المجرد وابن عقيل واختار القاضى فى خلافه ان ولد الضامنة يتبعها ويباع معها كولد المرهونة بناء على أن دين المأذون له يتعلق برقبته وضعفه ابن عقيل فى نظرياته لأن التعلق بالرقبة هنا كتعلق الجناية فلا

يسرى (ومنها) لو حلف لا ياكل مما اشتراه فلان فاكل من لبنه أو بيضه لم يحنث لان العقد لم يتعلق ذكره القاضى فى خلافه فان اليمين ليست لازمة بل يخير الحالف بين التزامها وبين الحنث فيها وتكفيرها [وهذا] بخلاف مالو حلف لا ياكل من هذه الشاة فانه يحنث با كل لبنها لأنه لا يؤكل منها فى الحياة عادة الا اللبن فاما نتاجها ففيه نظر .

﴿ فصل ﴾ هذا حكم النماء فى العقود وأما فى الفسوخ فلا تتبع فيها النماء الحاصل من الكسب بغير خلاف ، وأما المتولد من العين ففى تبعيته فيها روايتان فى الجملة ترجعان الى ان الفسخ هل هو رفع للعقد من اصله او من حينه والاصح عدم الاستتباع ويندرج تحت ذلك صور :

(منهـــا) إذا عجل الزكاة ثم هلك المال وقلنا له الرجوع بها فانه يرجع بها وهل يرجع بزيادتها المتصلة على وجهين اظهرهما لا يرجع والثانى يرجع واختاره القاضى فى خلافه (ومنها) المبيع فى مدة الخيار اذا نمى نماء منفصلا ثم فسخ البيع هل يرجع به البائع ام لا خرجه طائفة من الاصحاب كصاحبي التلخيص والمستوعب على وجهين كالفسخ بالعيب ، وقد ذكر القاضى فى خلافه وابن عقيل فى عمده ان الفسخ بالخيار فسخ للعقد من أصله لانه لم يرض فيه بلزوم البيع بخلاف الفسخ بالعيب ونحوه فعلى هذا يرجع بالنماء المنفصل فى الخيار بخلاف العيب (ومنها) الاقالة اذا قلنا هى فسخ فالنماء للمشترى ذكره القاضى فى خلافه ، ويتخرج فيه وجه آخر أنه يرده مع اصله حكاه ابو البركات فى تعليقه عن القاضى فى خلافه ايضاً (ومنها) الرد بالعيب وفى رد النماء فيه روايتان اشهرهما انه لا يرد كالكسب ونقل ابن منصور عن أحمد كلاماً يدل على أن اللبن وحده يرد عوضه لحديث المصراة ونقل عنه ابن منصور أيضاً أنه ذكر له قول سفيان فى رجل باع ماشية أو شاة فولدت او نخلا لها ثمرة فوجد بها عيباً او استحق أخذ منه قيمة الثمرة وقيمة الولد إن كان أحدث فيهم شيئا او كان باع او استهلك فان كان مات أو ذهب به الريح فليس عليه شىء قال أحمد كما قال وهذا يدل على ان النماء المنفصل يرده مع وجوده ويرد عوضه مع تلفه ان كان تلف بفعل المشترى وان كان تلف بفعل الله تعالى لم يضمن لأن المشترى لم يدخل على ضمانه فيكون كالأمانة عنده واما إذا ما انتفع به فانه يستقر الضمان عليه فيرد عوضه كما دل عليه حديث المصراة وكما نقول فى المتهب من الغاصب انه اذا انتفع بالموهوب فاتلفه استقر الضمان عليه وحمل القاضى هذه الرواية على أن البائع كان قد دلس العيب وان كان النماء موجوداً حال العقد ولكن المنصوص عن احمد فى المدلس انه يرجع بالثمن وان تلف المبيع الا أن نصه فى صورة الاباق وهو تلف بغير فعل المشترى واطلق الأكثرون ذلك من غير تفصيل بين ان يتلف بفعله او بفعل غير لأنه سلطه على

إتلافه بتغريره فلا يستقر عليه الضمان كما يرجع المغرور فى النكاح بالمهر ، وحكى طائفة من المتأخرين رواية أخرى أنه لا يرجع مع التلف بل يأخذ الأرش ورجحه أبو الخطاب فى انتصاره وصاحب المغنى وهذا التفصيل بين أن يكون التلف بانتفاعه أو بفعل الله تعالى كما حمل القاضى عليه رواية ابن منصور أصح ، وهو ظاهر كلام أبى بكر وبذلك أجاب عن حديث المصراة، وكذلك أجاب القاضى فى خلافه . ويمكن أن يقال مثل ذلك فى النماء الحادث إذا رد بعيب على القول برده كما حملنا عليه رواية ابن منصور أولا والله أعلم (ومنها) فسخ البايع لافلاس المشترى بالثمن هل يتبعه النماء المنفصل فيه روايتان: إحداهما يتبع وهى المرجحة عند القاضى فى الخلاف وابن عقيل ونص احمد فى رواية حنبل فيمن اشترى جارية أو دابة فولدت ثم أفلس المشترى رجعت الى الأول لأنها مال البائع وقد استحقها وولدها وهكذا ذكره أبو بكر فى التنبيه ، وذكر القاضى فى خلافه لفظ هذه الرواية أن احمد ذكر له قول مالك فيمن اشترى جارية أو دابة فولدت ثم أفلس المشترى أن الجارية والدابة وولدها للبائع إلا أن يرغب الغرماء فى ذلك فيعطوه حقه كاملا ويمسكون ذلك فقال احمد ترجع الى الأول لأنها ماله وهذا لا يدل على غير الرجوع فى الجارية أو الدابة . وانما القائل بالرجوع فى الولد مالك(١) وليس فى كلام احمد موافقة له وأبو بكر كثيراً ما ينقل كلام احمد بالمعنى الذى يفهمه منه فيقع فيه تغيير شديد ووقع له مثل هذا فى كتاب زاد المسافر كثيراً مع ان ابن أبى موسى وغيره تأولوا الرجوع بالولد على أنه كان موجوداً فى عقد البيع حملا، واختاره هو وابن حامد انها للمفلس لأنها نمت فى ملكه وهو ظاهر كلام الخرقى وكذلك صححه القاضى فى المجرد وابن عقيل فى الفصول .
(ومنها) اللقطة اذا جاء مالكها وقد نمت نماء منفصلا فهل يسترده معها على وجهين خرجهما القاضى وابن عقيل من المفلس وفرق بينهما صاحب المغنى ويحتمل الرجوع هنا بالزيادة المنفصلة وجهاً واحدا لأن تملكها إنما كان مستندا الى فقد ربها فى الظاهر وقد تبين خلافه فانفسخ الملك من أصله لظهور الخطأ فى مستنده ووجب الرجوع بما وجده منها قائما، وهذا [هو] الذى ذكره ابن أبى موسى وذكر له أصلا من كلام احمد فى طيرة فرخت عند قوم انهم يردون فراخها (ومنها) رجوع الأب فيما وهبه لولده اذا كان قد نما نماء منفصلا هل يسترده معه أم لا فيه وجهان. (ومنها) اذا وهب المريض جميع ماله فى مرضه ونمى نماء منفصلا [ومات] ولم يجز الورثة فذكر القاضى فى خلافه أن الموهوب له يملكه بالقبض وجاز له التصرف فيه اجماعا وانما يثبت للورثة حق الفسخ فيما زاد على الثلث واذا جاز واسقط حقهم من الفسخ فعلى هذا يتخرج فى استرجاع النماء وجهان أظهرهما أن النماء للمتهب

(١) فى نسختنا : يملك .

الى حين الفسخ نبه على هذا الشيخ مجد الدين والمعروف فى المذهب أن الهبة تقع مراعاة فلا يتبين ملكها الا حين خروجها من الثلث عند الموت وان خرج بعضها فله منها مقدار الثلث ويتبعه نماؤه والزائدمبنى على الخلاف فى الاجازة هل هى تنفيذ أوهى عطية مبتدأة . (ومنها) اذاعادالصداق أو نصفه الى الزوج قبل الدخول بطلاق أو فسخ وقد نماعند الزوجة نماء منفصلا فهل يرجع بنمائه او نصفه؟ المذهب أنه لا يرجع به ونص عليه احمد فى رواية أبى داود وصالح ونقل عنه ابن منصور أنه ذكر له قول سفيان فى رجل تزوج امرأة على خادمة ثم زوجها غلامه فولدت أولاداً، فطلق امرأته قبل أن يدخل بها فلها نصف قيمتها وقيمة ولدها قال احمد جيد واختلف أصحابنا فى معنى هذه الرواية على طريقين : أحدهما وهو مسلك القاضى أنها تدل على أن الزوجة انما ملكت بالعقد نصف الصداق فيكون لها نصف نمائه وجعل قوله وقيمة ولدها مجرورا بالعطف على قوله نصف قيمتهاأى ونصف قيمة ولدها، قال وذكر القيمة ههنا محمول على التراضى عليها أوعلى أن المراد نصف الأم ونصف الولد ولم يرد القيمة وهذا المسلك ضعيف جدا أو فى تمام النصف ما يبطله وهو قول احمدفان أعتقها قبل أن يدخل بها لا يجوز عتقها لأنها من حين تزوجها وجبت لهاالجارية وهذا تصريح بانها ملكت الأمة كلها بالعقدإذ لولا ذلك لعتق نصفها بالملك وسرى عتقها إلى الباقى مع اليسار وكذلك سلك أبو بكر فى زادالمسافر وابن أبى موسى فى تخريج هذا النص وبنياه على أن المرأة لم تملك بالعقد الا النصف ثم خرج أبو بكر لاحمد قولا آخر فى هذه المسئلة على قوله تملك الصداق كله بالعقد ان الأولاد والنماء لهاويرجع بنصف قيمة الأم دون الاولاد يعنى الزوج قال وبه أقول وهواختيار صاحب المغنى أيضاً فرارا من التفريق بين الأم وولدها فى بعض الزمان واما ابن أبى موسى فانهخرج وجهاً على القول بملك الصداق كله بالعقد أن الولد للمرأة لحدوثه فى ملكهاولها نصف قيمة الأم فجعل للزوجة القيمه كمافى نص احمد وهذا الوجه ضعيفجدا حيث تضمن التفريق بين الأم وولدها بغير العتق ومنع الزوجة من أخذ نصف الأمة وهوأقرب إلى عدم التفريق من أخذنصف القيمة ،وعند القاضى اذا قيل إن الولد كله له فللزوج نصف قيمة الأم صرح به فى المجرد ، وقال فى الخلاف يرجع بنصف الأمة والطريق الثانى فى معنى الرواية انها تدل على أن النماء المنفصل يرجع به الزوج بالفرقة تبعا للأصل ، وهذا مسلك جماعة منهم صاحب المحرر لكنه استشكل ايجاب القيمة دون المعين وقال لا أدرى هل هو لنقص الولادة أو لغير ذلك فان احمد جعل للامرأة نصف قيمة الأمة ونصف قيمة الولد لأجل حق الزوج فبطـل فى نصف الأمة وولدها وليس ذلك بأولى من العكس . وقد يجاب عن ذلك بأن بالطلاق يرجع به نصف الأمة

الى الزوج قهرا كالميراث لأنه باق بعينه لاسيما والأملاك القهرية يملك بها ما لا يملك بالعقود الاختيارية فلا يجبر الزوج بعد ذلك على أخذ قيمته بل يتعين تكميل الملك له فى الأم والولد حذرا من التفريق المحرم . ويشبه هذا ما قاله الخرقى فيما إذا كان الصداق أرضا فنبت فيه(١) ثم طلقها قبل الدخول ان الزوج يرجع بنصف الأرض ويتملك عليها البناء الذى فيه بالقيمة لكن احمد فى تمام هذا النص بعينه من رواية ابن منصور ذكر مسئلة البناء وصبغ الثوب وقال للزوج نصف القيمة لانه استهلاك ففرق بين أن يكون المرأة وصلت الصداق بمالها على وجه لا ينفصل عنه الا بضرر عليها وبين أن يكون باقياً بعينه ففى الأول يتعين للزوج نصف القيمة لاختلاط المالين وفى الثانى يرجع بنصف العين لبقائها بحالها وإنما جاء الاجبار على تكميل الملك [المانع] الشرعى من التفريق ويحتمل عندى فى معنى رواية ابن منصور طريق ثالث وهو أن يكون أراد [احمد] أن للزوجة نصف قيمة الأمة ولها قيمة ولدها كاملة لان الولد نماء تختص به الزوجة وقد عاد إلى الزوج نصف الام فيجبر الزوج على أخذ نصف قيمة الأم وقيمة الولد بكمالها حذرا من التفريق . ولعل هذا أظهر مما قبله والله أعلم . (ومنها) من وجد عين ماله الذى استولى [عليه] الكفار من المغنم قبل القسمة وقد نمى نماء منفصلا ، فان قلنا لم يملكه الكفار بالاستيلاء فهو له بنمائه وإن قلنا ملكوه فانه يرجع فيه وهل يرجع بنمائه يتخرج على وجهين كبائع المفلس لأن حقوق الغانمين متعلقة بالنماء كتعلق حقوق غرماء المفلس بأحواله(٢) وذكر القاضى فى المجرد أنها إذا كانت أمة فوطئها الحربى وولدت منه ان الولد غنيمة لا يرجع به المالك لأنه حدث فى ملك الحربى الواطئ فانعقد حراً لكن هذا قد يختص باستيلاد المالك لها فان ولده ينعقد حرا وانما يطرأ عليه الرق بعد ذلك فلا يكون من نمائها بخلاف ما لو زوجها فولدت من الزوج فانه يكون من نمائها لانعقاده رقيقا . وقد سئل احمد عن عبد المسلم إذا لحق بدار الحرب ثم رجع ومعه من أموالهم فتوقف فى مستحق المال الذى معه ، وقال مرة هو للمسلمين وأنكر أن يكون للسيد وعلل بأن العبد ليس له غنيمة . قال الخلال وهذا هو المذهب لأن العبد لا غنيمة له وحمله القاضى على أن ما يأخذه الواحد من دار الحرب يكون فيئاً قال : وأما ان قلنا هو لأخذه فهو هنا للسيد فصل وأما الحقوق المتعلقة بالأعيان من غير عقد ولا فسخ فان كانت ملكا قهريا فحكمه حكم سائر التملكات . وإن لم تكن ملكا فان كانت حقا لازماً لا يمكن ابطاله بوجه كحق الاستيلاد وسرى حكمه الى الاولاد دون الاكساب لبقاء ملك مالكه عليه وان كان غير لازم بل يمكن ابطاله إما باختيار

(١) كذا فى الأصل ولعلها فنبت فيها (٢) فى نسختى الدار : بأمواله

المالك او برضى المستحق لم يتبع النماء فيه الأصل بحال و يتخرج على ذلك مسائل :

(منها) الأمة الجانية لايتعلق الجناية بأولادها ولا اكسابها لأن حق الجناية ليس بالقوى، ولهذا لم يمنع التصرف عندنا ولأن حق الجناية تعلق بالجناية لصدور الجناية منها وهذا مفقود فى ولدها وكسبها ملك للسيد بخلاف المكاتبة. (ومنها) تركة من عليه دين إذا تعلق بها حق الغرماء بموته فان قيل هى باقية على حكم ملك الميت تعلق حق الغرماء بالنماء أيضا كالمرهون كذا ذكره القاضى وابن عقيل فى كتاب القسمة وينبغى أن يقال ان قلنا أن تعلق الدين بالتركة تعلق رهن يمنع التصرف فيه فالأمر كذلك وان قلنا تعلق جناية لا يمنع التصرف فلا يتعلق بالنماء، وأما ان قلنا لا تنتقل التركة الى الورثة بمجرد الموت لم تتعلق حقوق الغرماء بالنماء إذ هو تعلق قهرى كالجناية كذا ذكر القاضى وابن عقيل. وخرج الآمدى وصاحب المغنى تعلق الحق بالنماء مع الانتقال أيضا كتعلق الرهن ويقوى هذا على قولنا إن التعلق تعلق رهن وقد ينبنى ذلك على أصل آخر وهو أن الدين هل هو باق فى ذمة الميت أو انتقل إلى ذمم الورثة أوهو متعلق بأعيان التركة لاغير وفيه ثلاثة أوجه الاول قول الآمدى وابن عقيل فى الفنون وصاحب المغنى وهو ظاهر كلام الاصحاب فى مسئلة ضمان دين الميت : والثانى قول القاضى فى خلافه وأبى الخطاب فى انتصاره وابن عقيل فى موضع آخر [كذلك] قال القاضى فى المجرد لكنه خصه بحالة تأجيل الدين لمطالبة الورثة بالتوثقة

والثالث قول ابن أبى موسى فيتوجه على قوله أن لا يتعلق الحقوق بالنماء إذ هو لتعلق الجناية وعلى الأولين يتوجه تعلقها بالنماء كالرهن وقد يقال لا يتعلق حقوق الغرماء بالنماء إذ قلنا تنتقل التركة الى الورثة بكل حال إلا أن نقول ان الدين فى ذممهم لأن تبعية النماء فى الرهن انما يحكم به اذا كان النماء ملكا لمن عليه الحق فاما ان كان ملكا لغيره لم يتبع كما لو رهن المكاتب سيده فان كسبه لا يكون داخلا فى الرهن لأنه على ملك المكاتب فكذلك ينبغى أن يقال فيمن استعار شيئا ليرهنه فرهنه أن النماء لا يدخل فى الرهن لذلك وقد يقال التركة تعلق الحق بها تعلقا قهريا مع انتقال ملكها الى الورثة فكذلك نماؤها. ويجاب عنه بان التعلق حالة الانتقال انما ثبت بضعف المانع منه حيث اقترن التعلق ومانعه وهو الانتقال، فاما بعد الانتقال واستقرار الملك فلا يتعلق لسبق المانع واستقراره والله أعلم.

وأما تعلق الضمان بالاعيان للتعدى فيتبع فيه النماء المنفصل إذا كان داخـــلا تحت اليد العدوانية. فمن ذلك الغصب يضمن فيه النماء المنفصل على المذهب ولم يحك ابن أبى موسى فى ضمانه خلافا مع حكايته الخلاف فى المتصل ولا يظهر الفرق بينهما فالتخريج متوجه بل قد

يقال ظاهر كلام احمد فى رواية ابن منصور التى سقناها فى الرد بالعيب تدل على عدم الضمان حيث سوى بين ظهور العيب وبين الاستحقاق . (ومنه) الأمانات اذا تعدى فيها ثم نمت فانه يتبعها فى الضمان ومنه صيد الحرم والاحرام يضمن نماؤه المنفصل اذا دخل تحت اليد الحسية وان لم يدخل تحت اليد لكنه هلك بسبب امساك الأم ففيه خلاف مشهور

[تنبيه] اضطرب كلام الأصحاب فى الطلع والحمل هل هما زيادة منفصلة أو متصلة؟ اما الطلع فللأصحاب فيه طرق أحدها أنه زيادة متصلة سواء أبر أولم يؤبر وبه جزم القاضى وابن عقيل فى كتاب الصداق وأن الزوج يجبر على قبوله اذا بذلتها الزوجة بكل حال وكذا ذكر صاحب الكافى فى كتاب الصداق وجعل كل ثمرة على شجرها زيادة متصلة وصرح القاضى فى المجرد فى باب الغصب بأن الزيادة المتصلة التى يمكن إفرادها كصبغ الثوب وتزويق الدار والمسامير هل يجبر على قبولها يخرج على وجهين أصحهما يجبر وهو قول الخرقى فى الصداق . والثانى أنه زيادة منفصلة بكل حال أبر أولم يؤبر لانه يمكن فصله وافراده بالبيع كذا أطلقه القاضى وابن عقيل أيضا فى موضع من التفليس والرد بالعيب وصرح صاحب المغنى بأبدائه احتمالا وحكاه فى الكافى عن ابن حامد . الثالث أن المؤبر زيادة منفصلة وغير المؤبر زيادة متصلة صرح به القاضى وابن عقيل أيضا فى التفليس والرد بالعيب وذكر أنه منصوص عن احمد اعتبارا بالتبعية فى البيع وعدمها . الرابع أن غير المؤبر زيادة متصلة بغير خلاف وفى المؤبر وجهان وهذه طريقة صاحب الترغيب فى الصداق . والخامس أن المؤبر زيادة منفصلة وجها واحدا وفى غير المؤبر وجهان واختار ابن حامد أنها منفصلة وهى طريقة الكافى فى التفليس : وأما الحمل فقال القاضى وابن عقيل فى الصداق هو زيادة متصلة قال القاضى ويجبر الزوج على قبولها اذا بذلتها المرأة وخالفه ابن عقيل فى الآدميات لأن الحمل فيهن نقص من جهة وزيادة من جهة بخلاف البهائم فانه فيها زيادة محضة وقال القاضى فى التفليس ينبنى على أن الحمل هل له حكم أم لا فان قلنا له حكم فهو زيادة منفصلة والا فهو زيادة متصلة كالسمن وفى التلخيص الأظهر أنه يتبع فى الرجوع كما يتبع فى البيع والحب اذا صار زرعا و البيضة اذا صارت فرخا فاكثر الاصحاب على أنها داخلة فى النماء المتصل كذلك قال القاضى وابن عقيل فى الفلس والغصب وذكر صاحب المغنى وجها آخر وصححه أنه من باب تغير بما يزيل الاسم لأن الاول استحال وكذا ابن عقيل فى موضع آخر وفى المجرد : ولو حلف لا يأكل بيضة فصارت فروجا أو حبا فصار سنبلا انه لا يحنث بأكله لزوال الاسم ، وهذا انما يتوجه على قول ابن عقيل فى مسألة تعارض الاسم والتعيين فاما على المشهور فينبغى أن يحنث وبه جزم القاضى فى خلافه وكذا أشار اليه ابن عقيل

فى الفصول كما لو حلف لا يأكل هذا التمر فصار دبسا وقد تفرق فى مسألة البيضة ببقاء حلاوة التمر ولونه فى الدبس بخلاف الفروج ولو اشترى بيضة فوجد فيها فروجا فالبيع باطل نص عليه فى رواية ابن منصور، وهو يشهد للقول بان البيض والفروج عينان متغايران كما اذا تبايعا دابة يظنان بانها حمار فاذا هى فرس . والقصيل إذا صار سنبلا فهو زيادة متصلة وإذا اشتد الحب فليس بعده زيادة لا متصلة ولا منفصلة ذكره القاضى

﴿القاعدة الثالثة والثمانون﴾

اذا انتقل الملك عن النخلة بعقد أو فسخ يتبع فيه الزيادة المتصلة دون المنفصلة أو بانتقال استحقاق فان كان فيه طالع مؤبر لم يتبعه فى الانتقال وان كان غير مؤبر تبعه كذا قال القاضى فى كتاب التفليس من المجرد وقال سواء كان الانتقال بعوض اختيارى كالبيع والصلح والنكاح والخلع أو بعوض قهرى كالأخذ بالشفعة ورجوع البائع فى عين ماله بالفلس وبيع الرهن بعد أن أطلع بغير اختيار الراهن والرجوع فى الهبة بشرط الثواب أو كان الانتقال بغير عوض سواء كان الانتقال اختياريا كالهبة والصدقة أو غير اختيارى كالرجوع فى الهبة للأب ، وهو ظاهر كلامه فى بيع الأصول والثمار أيضا لأنه جعل الكل كالبيع سواء وصرح بذلك صاحب الكافى فى العقود والفسوخ وأما ابن عقيل فانه أطلق فى الفسخ بالافلاس والرجوع فى الهبة أن الطلع يتبع الأصل ولم يفصل وعلل بأن الفسخ رفع للعقد من أصله وصرح صاحب المغنى فى البيع بان الفسخ يتبع الطلع فيه أصله سواء أبر أولم يؤبر لأنه نماء متصل فاشبه السمن وصرح بدخول الاقالة والفسخ بالعيب فى ذلك وهو موافق لكلام الاصحاب فى الصداق وقد قدمنا أن صاحب المغنى ذكر احتمالا فى الفسخ بالفلس ونحوه انه لا يتبع فيه الطلع سواء أبر أولم يؤبر لتميزه وامكان افراده بالعقد فهو كالمنفصل بخلاف السمن ونحوه . وهذا عكس ماذكره فى البيع وهو مع ذلك موافق لاطلاق كثير من الأصحاب أن الثمرة لا ترد مع الأصل بالعيب من غير تفصيل وكذا فى الفلس فتحرر من هذا أن العقود كالبيع والصلح والصداق وعوض الخلع والأجرة والهبة والرهن يفرق فيها بين حالة التأبير وعدمه . ونص عليه أحمد فى الرهن فى رواية محمد بن الحكم الا أن فى الأخذ فى الشفعة وجها آخر سبق ذكره أنه يقع فيه المؤبر اذا كان فى حال البيع غير مؤبر ولأن الأخذ يستند الى البيع اذ هو سبب الاستحقاق وأما الفسوخ ففيها ثلاثة أوجه : أحدها أن الطلع يتبع فيها مع التأبير وعدمه بناء على أن الطلع زيادة متصلة بكل حال أو على أن الفسخ رفع العقد من أصله : والثانى لا يتبع

بحال بناء على أنه زيادة منفصلة وان لم يؤبر :والثالث ان كان مؤبرا تبع والا فلا كالعقود هذا كله على القول بان النماء المنفصل لايتبع فى الفسوخ ،اما ان قيل بتبعيته فلا اشكال فى أن الطلع يتبع سواء أبرأو لم يؤبر وكذلك ان قيل ان الفسوخ لايتبع فيها الزيادة المتصلة فان الطلع لايتبع فيها بكل حال ، وأما الوصية والوقف فالمنصوص عن أحمد أنه يدخل فيهما الثمرة الموجودة يوم الوصية اذا بقيت الى يوم الموت من غير تفريق بين أن يؤبرأولا يؤبر نقله عنه أبو بكر بن صدقة فى الرجل يوصى بالكرم أو البستان لرجل ثم يموت وفى الكرم حمل فهو للموصى له وقال فى رواية محمد بن موسى وسئل عن الرجل يوصى البستان أو الكرم لرجل ثم يموت وفى الكرم أو البستان حمل لمن الحمل ؟ قال ان كان يوم أوصى به له فيه حمل فهوله وأطلق بانه يدخل فى الوصية ولم يفصل وقد توجه ؟ بأن الوصية عقد تبرع لايستدعى عوضا فدخل فيها كل متصل بخلاف عقود المعاوضات وعلى هذا فالهبة المطلقة كذلك وهو خلاف ماذكره الأصحاب وكذلك الوقف المنجز وأولى ويحتمل أن يختص ذلك بما فيه معنى القربة من الوقف والصدقة والوصية ، وأما اعتبار وجوده يوم الوصية مع أن الملك يتراخى الى مابعد الموت فلأن العقد اذا انعقد كان سببا لنقل الملك وانما تأخر تأثيره الى حين الموت فاذا وجد الموت استند الملك الى حال الايصاء ولهذا لو وصى له بامة حامل ثم مات الموصى له قبل الوضع فالولد للموصى له بغير خلاف . وسواء قلنا ان للحمل حكما وانه كالمنفصل أم لا وأما ان تجدد مستحق من أهل الوقف وفى النخل طلع فههنا حالتان :

احداهما أن يكون استحقاقه من غير انتقال من غيره . والمنصوص عن أحمد أنه ان حدث استحقاقه بعد التأبير لم يستحق من الثمر شيئا وان كان قبله استحق .قال جعفر بن محمد سمعت أباعبدالله يسأل عن رجل أوقف نخلا على ولد قوم وولده ماتوا الدوا ثم ولد مولود قال ان كان النخل أبر فليس له فى ذلك شيء وهو ملك الأول وان لم يكن أبر فهو معهم وكذلك الزرع اذا بلغ الحصاد فليس له شيء وان كان لم يبلغ الحصاد فله فيه ، وكذلك الأصحاب صرحوا بالفرق بين المؤبر وغيره ههنا منهم ابن أبى موسى والقاضى وأصحابه معللين بتبعية غير المؤبر فى العقد فكذا فى الاستحقاق وعلل بعض الأصحاب بان غير المؤبر فى حكم المعدوم لاستتاره وكمونه والمؤبر فى حكم الموجود لبروزه وظهوره وهو شبيه بقول من يقول ان الحمل ليس له حكم مالم يظهر

الحالة الثانية أن يخرج بعض أهل الاستحقاق لموت أو غيره وينتقل نصيبه الى غيره قال يعقوب ابن بختان سئل أحمد عن رجل مات فقال ضيعتى التى بالثغر لموالى الذين بالثغر وضيعتى التى ببغداد لموالى الذين ببغداد وأولادهم فلمن بالثغر أن يأخذوا من هذه الضيعة التى ههنا ؟ قال لا ! قد أفرد هذه من هذه

فقيل له فقدم بعض من بالثغر الى ههنا وخرج من ههنا بعضهم الى ثم وقد أبرت النخل ألهم فيها شيء ؟ قال لا . فقيل فان ولد لأحدهم ولد بعد ماأبرت فقال وهذا أيضا شبيه بهذا كأنه رأى ماكان قبل التأبير جائزا أو كما قال وهذا موافق لنصه السابق فى أن تجدد المستحق للوقف بعد التأبير لا يقتضى استحقاقه منه وأما خروج الخارج من البلد فلم يشمله جوابه وانقطاع حق المستحق بموته أو زوال صفة الاستحقاق شبيه بانفساخ العقد المزيل للملك قهرا وقد سبق الخلاف فيه لاسيما على قولنا ان الوقف ملك الموقوف عليه فيصير موته كانفساخ ملكه فى الأصل فيخرج فى تبعية الطلع الخلاف السابق فان قيل بالتفريق بين ماقبل التابير وبعده فلان الطلع اذا لم يؤبر فى حكم الحمل فى البطن واللبن فى الضرع فلا يكون له حكم بملك ولا غيره حتى يظهر . وإن سلم أن له حكما بالملك فالمستحق الحادث المشارك فى غير المؤبر مع ظهوره على ملك الاول دل على أن ملكهم لم يستقر عليه بخلاف المؤبر فان ملكهم استقر عليه فمن زال استحقاقه قبل استقرار الملك سقط حقه

(فصــــل) هـذا كله فى حكم ثمر النخل فاما غيره من الشجر فما كان له كمام تفتح فيظهر ثمره كالقطن فهو كالطلع وألحق أصحابنا به الزهور التى تخرج منضمة ثم تفتح كالورد والياسمين والبنفسج والنرجس وفيه نظر : فان هذا المنظم هو نفس الثمرة أو قشرها الملازم لها كقشر الرمان فظهوره ظهور الثمرة بخلاف الطلع فانه وعاء للثمرة وكلام الخرقى يدل على ذلك حيث قال وكذلك بيع الشجر اذا كان فيه ثمر باد وبدو الورد ونحوه ظهوره من شجره وانما كان منضما وللاصحاب وجهان فى الورق المقصود كورق التوت هــل يعتبر بفتحه كالثمر أو يتبع الأصل لمجرد ظهوره وهذه الزهور بمعناه ومنه مايظهر نوره ثم يتناثر فيظهر فيظهر ثمره كالتفاح والمشمش ففيه ثلاثة أوجه أحدها إن تناثر نوره فهو للبائع والا فلا وبه جزم القاضى فى خلافه لأن ظهور ثمره يتوقف على تناثر نوره والثانى أنه بظهور نوره للبائع ذكره القاضى احتمالا جعلا للنور كما فى الطلع لأن الطلع ليس هو عين الثمرة بل هى مستترة فيه فتكبر فى جوفه وتظهر حتى يصير تلك فى طرفها وهى قمع الرطبة والثالث للبائع بظهور الثمرة وإن لم يتناثر النور كما اذا كبر قبل انتشاره وهو ظاهر كلام الخرقى واختيار صاحب المغنى وهو أصح . وقياس مافى بطن الطلع على النور لا يصح لأن النور يتناثروما فى جوف الطلع ينمو ويتزايد حتى يصير ثمراً (ومنه) مايظهر ثمرته من غير نور فهو للبائع بظهوره سواء كان له قشر يبقى فيه الى أكله كالرمان والموز أوله قشران كالجوز واللوز أولا قشر له كالتين والتوت وقال القاضى ماله قشران لا يكون للبائع الا بتشقق قشره الأعلى . ورده صاحب المغنى بان تشققه فى شجره نادر وتشققه قبل كماله يفسده

بخلاف الطلع وفي المبهج الاعتبار بانعقاد لبه فان لم ينعقد تبع أصله والا فلا، وأما الزرع الظاهر في الأرض اذا انتقل الملك فيها بالمبيع ونحوه فهو للبائع لأنه ليس من أجزاء الأرض وانما هو مودع فيها فأشبه الثمرة المؤبرة قال في المغني : لا أعلم فيه خلافا وفي المبهج للشيرازي ان كان الزرع بدا صلاحه لم يتبع وإن لم يبد صلاحه على وجهين فان قلنا لا يتبع أخذ البائع بقطعه الا أن يستأجر الأرض من المشتري الى حين ادراكه ، وأما اذا بدا صلاحه فانه يبقى في الأرض من غير أجرة الى حين حصاده، وهذا غريب جدا مخالف [لما] عليه الأصحاب مع أن كلام أحمد في استحقاق الوقف يشهد له حيث قال إن ولد مولود من أهل الوقف قبل أن يبلغ الحصاد استحق والا لم يستحق لأنه قد انتهى نموه وزيادته ببلوغه للحصاد ، وهكذا قال ابن أبي موسى لكنه عبر بالاستحصاد وعدمه وأما صاحب المغني فقال ما كان من الزرع لا يتبع الأرض في البيع فلا حق فيه للمتجدد لأنه كالثمر المؤبر ، وأما ما كان يتبع في البيع وهو ما لم يظهر مما يتكرر حمله من الرطبات والخضروات فيستحق فيه المتجدد وقياس المنصوص في الزرع أن يستحق المتجدد في الوقف من الثمر حتى يبدو صلاحه ويجوز بيعه مطلقا ولكن أحمد فرق بينهما كما تقدم فاعتبر في الزرع بلوغ الحصاد وفي الثمر التأبير ونصه مع ذلك في استحقاق الموصى له بالشجر المثمر الموجود فيه حال الوصية من غير تفريق بين أن يبدو صلاحه أولا يبدو مشكل ، وأفتى الشيخ تقي الدين بأن الثمر انما يستحقه من بدء الصلاح في زمن استحقاقه حتى لو مات البطن الأول وقد أطلع الثمر بعلمه ثم بدا صلاحه بعد موته فانه يكون للبطن الثاني ، وقال في شجر الجوز الموقوف إنه ان أدرك أوان قطعه في حياة البطن الاول فهو له فان مات وبقي في الارض مدة حتى زاد كانت الزيادة حادثة في منفعة الارض التي للبطن الثاني ، ومن الاصل الذي لورثة الأول فاما ان تقسم الزيادة بينهما على قدر القيمتين وإما أن تعطى الورثة أجرة الارض للبطن الثاني وان غرسه البطن الاول من مال الواقف (١) ولم يدرك الا بعد انتقاله الى البطن الثاني فهو لهم وليس لورثة الاول فيه شيء واعلم أن ما ذكرناه في استحقاق الموقوف عليه ههنا انما هو اذا كان استحقاقه بصفة محضة مثل كونه ولداً أو فقيراً أو نحوه ، أما اذا كان استحقاق الوقف عوضا عن عمل وكان المغل كالأجرة يبسط على جميع السنة كالمقاسمة القائمة مقام الأجرة أو ان كان استغلال الارض لجهة الوقف من ماله فانه يستحق كل من اتصف بصفة الاستحقاق في ذلك العام منه حتى من مات في أثنائه استحق بقسطه وان لم يكن الزرع قد وجد حتى لو تأخر ادراك ذلك العام

(١) في نسختي الدار الوقف

الى اثناء العام الذى بعده لم يستحق منه من تجدد استحقاقه فى عام الادراك واستحق منه من مات فى العام الذى قبله وبنحو ذلك أفتى الشيخ تقى الدين رحمه الله (١) وأفتى الشيخ شمس الدين بن أبى عمر بأن الاعتناء فى ذلك بسنة المغل دون السنة الهلالية فى جماعة مقرين فى نزيه حصل لهم حاصل من قريتهم الموقوفة عليهم يطلبون أن يأخذوا ما استحقوه عن الماضى وهو مغل سنة خمس وأربعين مثلا فهل يصرف اليهم الناظر بحساب سنة المغل مع أنه قد نزل بعد هؤلاء المتقدمين جماعة شاركوا فى حساب سنة المغل فان أخذ أولئك على حساب السنة الهلالية لم يبق للمتأخرين إلا شىء يسير فأجاب بانه لا يحتسب الا بسنة المغل دون الهلالية ووافقه جماعة من الشافعية والحنفية على ذلك

﴿ القاعدة الرابعة والثمانون ﴾

الحمل هل له حكم قبل انفصاله أم لا حكى القاضى وابن عقيل وغيرهما فى المسألة روايتين قالوا والصحيح من المذهب أن له حكما وهذا الكلام على اطلاقه قد يستشكل فان الحمل يتعلق به احكام كثيرة ثابته بالاتفاق مثل عزل الميراث له وصحة الوصية له ووجوب الغرة بقتله وتأخير اقامة الحدود واستيفاء القصاص من أمه حتى تضعه واباحة الفطر لها اذا خشيت عليه ووجوب النفقة لها اذا كانت بائنا واباحة طلاقها وان كانت موطوءة فى ذلك الطهر قبل ظهوره الى غير ذلك من الأحكام ولم يريدوا ادخال مثل هذه الأحكام فى محل الروايتين ، وفصل القول فى ذلك أن الأحكام المتعلقة بالحمل نوعان أحدهما ما يتعلق بسبب الحمل بغيره فهذا ثابت بالاتفاق لأن الأحكام الشرعية تتعلق على الاسباب الظاهرة فاذا ظهرت أمارة الحمل كان وجوده هو الظاهر فترتب عليه أحكامه فى الظاهر فان خرج حياً تبينا ثبوت تلك الاحكام فى الباطن وان بان أنه لم يكن حمل أو او خرج ميتا تبينا فساد ما يتعلق من الاحكام به أو بحياته كارثه ووصيته وهذه الأحكام كثيرة جدا وبعضها متفق عليه وبعضها فيه اختلاف فمن أحكامه اذا ماتت كافرة وفى بطنها حمل محكوم باسلامه لم يدفن فى مقابر الكفار لحرمة الحمل

ومنها اخراج الفطرة عن الحمل وهى مستحبة وفى وجوبها طريقان للأصحاب منهم من جزم بنفى الوجوب ومنهم من قال فى المسألة روايتان (ومنها) فطر الحامل اذا خافت على جنينها من الصوم ويجب عليها القضاء والكفارة وهل الكفارة من مالها أو بينها وبين من يلزمه نفقة

(١) هذه الفقرة الى آخر القاعدة ليست فى نسختى الدار

الحمل على احتمالين ذكرهما ابن عقيل فى فنونه (ومنها) اذا اشترى جارية فبانت حاملا فنص احمد فى رواية أبى طالب أن البائع ان أقر بوطئها ردت اليه لأنها أم ولد له وان انكر فان شاء المشترى ردها وان شاء لم يردها فابطل البيع مع اقرار البائع بالوطىء بمجرد تبين الحمل وقال ابن عقيل عندى لا يجب الرد حتى تضع ما تصير به الأمة أم ولد لجواز أن لا يكون كذلك وهذا تفريع على قولنا بصحة البيع قبل الاستبراء فاما على الرواية فالبيع من أصله باطل لعدم استبراء البائع (ومنها) لو وطىء الراهن أمته المرهونة فاحبلها خرجت من الرهن ولزمه قيمتها تكون رهنا كذا قاله كثير من الأصحاب ومنهم من قال يتأخر الضمان حتى تضع فيلزمه قيمتها يوم أحبلها (ومنها) اذا وطىء جارية من المغنم فحملت فانها تقوم عليه فى الحال وتصير مستولدة له، هذا هو المنصوص عن احمد وقال القاضى فى خلافه لا تصير مستولدة بناء على أن الغنيمة لا تملك بدون القسمة لكن يمنع من بيعها لكونها حاملا بحر (١) ولا يؤخر قسمتها فتعين أن يحسب عليه من نصيبه كذلك (ومنها) اذا قال لزوجته ان كنت حاملا فانت طالق فالمنصوص عن احمد فى رواية أنه ينظر اليها النساء فان خفى عليهن فان جاءت به لتسعة أشهر أو لستة أشهر حنث فأوقع الطلاق بشهادة النساء بالحمل أو بولادتها لغالب مدة الحمل عند خفائه وصحح القاضى فى موضع من الجامع هذه الرواية وقال أكثر الأصحاب ان ولدت لاكثر من نهاية مدة الحمل لم تطلق وان ولدت لدون اكثر مدة الحمل فان كان لم يطأها بعد اليمين طلقت وان وطئها بعد اليمين فان ولدت لدون ستة أشهر من أول الوطء طلقت وان ولدت لاكثر منه فوجهان أشهرهما لا تطلق وجعله القاضى فى المجرد وجها واحدا لاحتمال العلوق به من الوطء المتجدد والثانى تطلق لأن الأصل عدمه وفيه وجه آخر لا تطلق حتى تضعه لدون ستة أشهر بكل حال لأنه لا يتعين وجوده عند اليمين بدون ذلك والطلاق لا يقع مع الشك والاحتمال (ومنها) اذا كان لرجل زوجة لها ولد من غيره فمات ولا اب له وقد كان تقدم من الزوج وطء هذه الزوجة فانه يمنع من وطئها بعد موت ولدها حتى يتبين هل هى حامل من وطئه المتقدم أم لا لأجل ميراث الحمل من أخيه، وكذلك إذا كان عبد تحته حرة قد وطئها وله أخ حر فيموت أخوه الحر فانه يمنع من وطء زوجته حتى يتبين هل هى حامل أم لا لأجل ميراث الحمل من عمه ثم ان جاءت بولد لستة أشهر من حين الموت فانه يرث بلا إشكال وان جاءت به لأكثر من ستة أشهر ولأقل من أكثر مدة الحمل فان كف الزوج عن الوطء من حين الموت ورث الحمل لأن الظاهر أنها كانت حاملا قال احمد فى رواية ابن منصور

(١) فى نسختنا : بجزء

فى رجل تزوج امرأة لها ابن من غيره فيموت انها إن جاءت بولد لدون ستة أشهر من يوم مات منها ورثناه وان جاءت بالولد بعد ستة أشهر لم نورثه الا ببينة ويكف عن امرأته اذا مات ولدها فان لم يكف فجاءت بولد لأكثر من ستة أشهر فلا أدرى هو أخوه أم لا وظاهر هذا انه ان كف عن الوطء ورث الولد وإن لم يكف فان جاءت بالولد بعد الوطء لدون ستة أشهر ورث أيضا وكان كمن لم يطأ وإن جاءت به لستة أشهر فصاعداً فظاهر كلام احمد الذى ذكرناه أنه لا يرث وبه جزم القاضى فى المجرد الا أن يقر الورثة أنها كانت حاملا يوم موت ولدها وقال فى الجامع الكبير يحتمل وجهين خرجهما من مسألة تعليق الطلاق على الحمل التى تقدمت

النوع الثانى الاحكام الثابتة للحمل فى نفسه من ملك وتملك وعتق وحكم باسلام واستلحاق نسب ونفيه وضمان ونفقة، وهذا النوع هو مراد من حكا الخلاف فى الحمل له حكم أم لا وبعض هذه الاحكام ثابتة بغير خلاف ولنذكر جملة من هذه الأحكام فمنها وجوب النفقة له فيجب نفقة الحمل على الأب وان كانت أمة لا نفقة لها كالبائن بالاتفاق ، وهذه النفقة للحمل لا للأمه على أصح الروايتين وهى اختيار الخرقى وأبى بكر، ولهذا يدور معه وجودا وعدما فعلى هذه يجب مع نشوز الام وكونها حاملا من وطء شبهة أو نكاح فاسد ويجب على سائر من تجب عليه نفقة الأقارب مع فقد الأب بالموت أو الاعسار ذكره القاضى فى خلافه وصاحب المحرر ، وتسقط بيسار الحمل اذا حكم له بملك ذكره القاضى أيضا فى الخلاف وظاهر كلامه فى كتاب الروايتين يخالف ذلك ويجب الانفاق فى مدة الحمل ولا يقف على الوضع نص عليه أحمد وخرج الآمدى وأبو الخطاب وجها اذا قلنا لا حكم للحمل انه لا يجب للحمل نفقة حتى ينفصل فترجع بها وهو ضعيف مصادم لقوله تعالى (وان كن أولات حمل فانفقوا عليهن حتى يضعن حملهن) وأما أم الولد اذا مات عنها سيدها وهى حامل فليست من هذا القبيل وإن كان أبو الخطاب ذكر فى وجوب النفقة لها لأجل الحمل روايتين بل نفقة هذه من جنس نفقة الحامل المتوفى عنها ، وفيها أيضا روايتان وليس ذلك مبنيا على أن النفقة للحمل أو للحامل كما زعم ابن الزاغونى وغيره فان نفقة الأقارب تسقط بالموت ولكن هذا من باب النفقة على المحبوسة بحق الزوج من ماله كنفقة البائن الحامل نعم إن يتوجه أن يقال إن قلنا النفقة للحامل وجبت كنفقة أم الولد والمتوفى عنها من التركة لأنهما محبوستان لحق الزوج فاذا وجبت لهما نفقة فهى من ماله وان قلنا النفقة للحمل فهى على الورثة كما سبق ، وهذا عكس ماذكره ابن الزاغونى وغيره وفى نفقة أم الولد الحامل ثلاث روايات عن أحمد ؛ أحدها لا نفقة لها نقلها حرب وابن بختان والثانى ينفق عليها من نصيب مافى بطنها نقلها محمد بن يحيى الكحال ؛ والثالثة ان لم تكن

ولدت من سيدها قبل ذلك فنفقتها من جميع المال إذا كانت حاملا وان كانت ولدت قبل ذلك فهى
فى عداد الاحرار ينفق عليها من نصيبها نقلها عنه جعفر بن محمد وهى مشكلة جدا ومعناها عندى
والله أعلم أنها اذا كانت حاملا ولم تضع من سيدها قبل ذلك فنفقتها من جميع المال لما ذكرنا من
حبسها على سيدها بالحمل فتكون النفقة عليه حيث لم يثبت استيلادها بعد ، ويجوز ان لا تصير أم ولد
بالكلية وتسترق فاذا أنفق عليها من جميع المال فان بين عتقها وقد استوفت الواجب لها وان رقت
لم يذهب على الورثة شىء من حيث أنفق على رقيقهم من مالهم وان كانت ولدت قبل ذلك من سيدها
فقد ثبت لها حكم الاستيلاد فى حياة السيد وهو معنى قوله هى فى عداد الأحرار ، وحينئذ يعتق
لموت السيد بلا ريب فايجاب نفقتها على ولدها أولى من ايجابها من مال سيدها ويزيده ايضاحا فى
المسألة الآتية (ومنها) وجوب نفقة الأقارب على الحمل من ماله وقد نص احمد فى رواية الكحال أن نفقة أم
الولد الحامل من نصيب ما فى بطنها ذكره القاضى فى خلافه واستشكله الشيخ مجد الدين قال لأن الحمل إنما
يرث بشرط خروجه حيا ويوقف نصيبه فكيف يتصرف فيه قبل تحقق الشرط ويجاب عنه بأن هذا
النص يشهد لثبوت ملكه بالارث من حين موت موروثه وإنما خروجه حياً يتبين به وجود ذلك
فاذا حكمنا له بالملك ظاهراً جاز التصرف فيه بالنفقة الواجبة عليه وعلى من يلزمه نفقته لاسيما
والنفقة على أمه يعود نفعها اليه كما يتصرف فى مال المفقود اذا غلب على الظن هلاكه ويقسم ماله
بين ورثته ، وان جاز أن يكون حياً بل هو الأصل حتى لو قدم حياً وقد استهلك ماله فى أيدى الورثه
ففى ضمانه روايتان ، وكذا يقال فى مال الحمل ويشهد له اذا انفق الزوج على البائن يظنها حاملا ثم
تبين أنها لم تكن حاملا ففى الرجوع روايتان أيضاً ، وقد يحمل ايجاب الأم من نصيب الحمل على أن
الأم ترجع به على نصيبه اذا وضعته حياً وفيه بعد (ومنها) ملكه بالميراث وهو منفق عليه فى الجملة
لكن هل يثبت له الملك بمجرد موت موروثه وتبين ذلك بخروجه حياً أو لم يثبت له الملك حتى ينفصل
حياً فيه خلاف بين الأصحاب وهذا الخلاف مطرد فى سائر أحكامه الثابتة له هل هى معلقة بشرط
انفصاله حياً فلا يثبت قبله او هى ثابتة له فى حال كونه حاملا لكن ثبوتها مراعا بانفصاله حياً فاذا
انفصل حياً تبينا ثبوتها من حين وجود اسبابها ، وهذا هو تحقيق معنى قول من قال هل الحمل له حكم
أم لا والذى يقتضيه نص أحمد فى الانفاق على أمه من نصيبه أنه يثبت له الملك بالارث من حين
موت أبيه وصرح بذلك ابن عقيل وغيره من الاصحاب ونقل عن أحمد ما يدل على خلافه أيضاً
فروى عنه جعفر بن محمد فى نصرانى مات وامرأته نصرانية وكانت حبلى فاسلمت بعد موته ثم ولدت
هل ترث قال لا وقال إنما مات أبوه وهو لا يعلم ما هو وانما يرث بالولادة وحكم له بحكم الاسلام

وقال محمد بن يحيى الكحال قلت لابى عبد الله مات نصرانى وامرأته حامل فاسلمت بعدموته قال : مافى بطنها مسلم قلت يرث أباه اذا كان كافراً وهو مسلم؟ قال لا يرثه فصرح بالمنع من ارثه من أبيه معللا بان ارثه يتاخر الى مابعد ولادته لانه قبل ذلك مشكوك فى وجوده واذا تاخر توريثه الى ما بعد الولادة فقد سبق الحكم باسلامه زمن الولادة اما باسلام أمه كما دل عليه كلام احمد هنا او بموت ابيه على ظاهر المذهب، والحكم بالاسلام لا يتوقف على العلم به بخلاف التوريث وهذا يرجع الى أن التوريث يتاخر عن موت الموروث اذا انعقد سببه فى حياة الموروث وأصول احمد تشهد لذلك فى اسلام القريب الكافر قبل قسمة الميراث وأما على ماصرح به ابن عقيل وغيره وهو مقتضى رواية الكحال فى النفقة فيرث الحمل بموت أبيه منه وان قلنا يحكم باسلامه بموت احد أبويه كما سبق تقريره فى قاعدة اقتران الحكم ومانعه وأما ان قيل لا يحكم باسلامه بموت أحد على ماذكرناه واضح لا خفاء فيه وقد ألم به بعض الأصحاب وأما القاضى والأكثرون فاضطربوا فى تخريج كلام أحمد وللقاضى فى تخريجه ثلاثة أوجه الأول ان اسلامه قبل قسمة الميراث أوجب منعه من التوريث كما أن اسلام الكافر قبل قسمة ميراث المسلم يوجب توريثه اعتباراً بالقسمة فى التوريث والمنع وهذه طريقة القاضى فى المجرد وابن عقيل فى الفصول وهى ظاهرة الفساد لأن اسلام قريب الكافر بعد موته وثبوت ارثه لا يسقط توريثه منه بغير خلاف فان توريث المسلم قبل القسمة ثبت ترغيبا فى الاسلام وحثاً عليه وهذا المقصود ينعكس ههنا، والثانى أن هذه الصورة من جملة صور توريث الطفل المحكوم باسلامه بموت أبيه منه ونصه هذا يدل على عدم التوريث فيكون رواية ثانية فى المسئلة وهذه طريقه القاضى فى كتاب الروايتين وهى ضعيفة لأن أحمد صرح بالتعليل بغير ذلك ولأن توريث الطفل من أبيه الكافر وان حكم باسلامه بموته غير مختلف فيه حتى نقل ابن المنذر وغيره عليه الاجماع فلا يصح حمل كلام احمد على مايخالف الاجماع الثالث ان الحكم باسلام هذا الطفل جعل بشيئين بموت أبيه واسلام أمه وهذا الثانى مانع قوى لانه متفق عليه فلذلك [منع] الميراث بخلاف الولد المنفصل اذا مات أحد أبويه فانه يحكم باسلامه ولا يمنع ارثه لان المانع فيه ضعيف للاختلاف فيه وهذه طريقة القاضى فى خلافه وهى ضعيفة أيضاً ومخالفة لتعليل احمد فان احمد إنما علل بسبق المانع لتوريثه لا بقوة المانع وضعفه وانما ورث احمد من حكم باسلامه بموت احد ابويه لمقارنة المانع لا لضعفه (ومنها) ثبوت الملك له بالوصية وفيه الخلاف السابق بالتوريث واختار القاضى أن الوصية له تعليق على خروجه حياً والوصية قابلة للتعليق بخلاف الهبة وابن عقيل تارة وافق شيخه وتارة خالفه، وحكم بثبوت الملك من حين موت الموصى وقبول الولى له، وصرح به أبو

المعالى التنوخى وبأنه ينعقد الحول عليه من حين الحكم بالملك اذا كان مالاً زكوياً وكذلك فى المملوك بالارث وحكى وجهاً آخر أنه لايجرى فى حول الزكاة حتى توضع للتردد فى كونه حياً مالكا فهو كالمكاتب ولا يعرف هذا التفريع فى المذهب (ومنها) الاقرار المطلق للحمل هل يصح أم لا على وجهين وقال التميمى لا يصح وقال أبو حامد والقاضى يصح واختلف فى مأخذ البطلان فقيل لان الحمل لايملك الا بالارث والوصية ، فلو صح الاقرار له تملك بغيرهما وهو فاسد فان الاقرار كاشف للملك ومبين له لاموجب له وقيل لأن ظاهر الاطلاق ينصرف إلى المعاملة ونحوها وهى مستحيلة مع الحمل وهو ضعيف لانه اذا صح له الملك توجه حمل الاقرار مع الاطلاق عليه ، وقيل لان الاقرار للحمل تعليق له على شرط فى الولادة لانه لايملك بدون خروجه حياً والاقرار لايقبل التعليق وهذه طريقة ابن عقيل وهى أظهر وترجع المسئلة حينئذ الى ثبوت الملك له وانتفائه كما سبق (ومنها) استحقاق الحمل من الوقف والمنصوص عن احمد كماسبق أنه لايستحق حتى يوضع ، وهو قول القاضى والاكثرين وقال ابن عقيل يثبت له استحقاق الوقف فى حال كونه حملا حتى صحح الوقف على الحمل ابتداء وقياس قوله فى الهبة كذلك إذ تمليك الحمل عنده تمليك منجز لامعلق وانما منع القاضى صحة الهبة له لان تمليكه معلق على خروجه حياً والهبة لا تقبل التعليق وأفتى الشيخ تقى الدين باستحقاق الحمل من الوقف أيضاً ويمكن التفريق على المنصوص بين الوقف وغيره من الارث والوصية والهبة فان الوقف انما المقصود منافعه وثمراته وفوائده ، وهى مستحقة على التأبيد لقوم بعد قوم والحمل ليس من أهل الانتفاع فلا يستحق منه شيئاً مع وجود المنتفعين به حتى يولد ويحتاج الى الانتفاع معهم بخلاف الملك الذى يختص به واحد معين لا يشاركه فيه غيره فان هذا ثبت للحمل ولا يجوز انتزاعه منه مع وجوده ، ويلزم من ذلك صحة الوقف على الحمل المعين دون استحقاقه مع أهل الوقف (ومنها) الأخذ للحمل بالشفعة اذا مات مورثه بعد المطالبة ، قال الأصحاب لايؤخذ له ثم منهم من علل بأنه لايتحقق وجوده ومنهم من علل بانتفاء ملكه ويتخرج وجه آخر بالأخذ له بالشفعة بناء على أن له حكما وملكا (ومنها) اللعان على الحمل ، وفيه روايتان ذكرهما القاضى فى خلافه وفى كتاب الروايتين إحداهما لايصح نفيه ولا الالتعان عليه لأنه غير محقق ، نقلها أبو طالب وحنبل والميمونى عن احمد وعلل باحتمال كونه ريحا وهذا هو المذهب عند الاصحاب ، والثانية تلاعن بالحمل نقلها ابن منصور عن احمد قال الخلال هو قول أول وذكر النجاد أنه هو المذهب واختاره صاحب المغنى ، وعلى هذا الخلاف يخرج صحة استلحاق الحمل والاقرار به لأن لحوق النسب أسرع ثبوتا من نفيه والمنصوص عن احمد

فى رواية ابن القاسم أنه لا يلزم الاقرار به وهو منزل على قوله إنه لا ينتفى باللعان عليه (ومنها) وجوب الغرة بقتله إذا ألقته أمه ميتا من الضرب وهو ثابت بالسنة الصحيحة وقد انكر النبي صلى الله عليه وسلم على من اعترض على ذلك معللا بانه لم يشارك الأحياء فى صفاتهم الخاصة من الأكل والشرب والاستهلال وأن ذلك يقتضى اهداره ، ونسبه الى أنه من إخوان الكهان حيث تكلم بكلام مسجع باطل فى نفسه . والعجب كل العجب ممن يدعى التحقيق ويرتضى لنفسه مشاركة هذا المعترض . ويقول القياس يقتضى اهداره وليس كما ظنه فان هذا الجنين إما ان يكون صادفه الضرب وفيه حياة ويكون ذلك قبل وجود الحياة فيه ولا يجوز أن يكون قد فارقته الحياة لأنه لو مات لم يستقر فى البطن وحينئذ فالجانى اما ان يكون قتله او منع انعقاد حياته فضمنه بالغرة لتفويت انعقاد حياته كما ضمن المغرور ولده بالغرة لتفويت انعقادهم أرقاء ولم يضمنوا كمال الدية والقيمة ايضاً فان دلائل حياته وسقوطه ميتاً عقيب الضربة كالقاطع بأنها هى التى قتلته ولعل ذلك الظن فوت مرتبة اللوث الموجب للقسامة ، وان ماتت امه قبله فموتها سبب قتله بالاختناق وفقد التعدى . وذلك يوجب الضمان ولا يشترط الانفصال الا لثبوت الضمان فى الظاهر فلو ماتت الأم وجنينها وجب ضمانهما لكن اشترط احمد فى رواية ابن منصور الانفصال ، قال فى امرأة قتلت وهى حامل اذا لم يلق الجنين فليس فيه شيء ، قال القاضى والأصحاب يكفى ان يظهر منه يد أو رجل او يكون قد انشق جوفها فشوهد الجنين وان لم ينفصل لأن العلم بحاله يحصل بذلك وقد قال احمد فى رواية أبي طالب اذا كان الجنين فى بطن أمه فقتلت الأم ومات الجنين فعلى العاقلة دية الأم ودية الجنين ولم يشترط الانفصال ولو ماتت امرأة وشوهد لجوفها حركة ثم عصر جوفها فخرج الجنين ميتا فهل تضمنه العاصرة على احتمالين ذكرهما القاضى وابو الخطاب فى خلافهما أحدهما تضمنه لأن الظاهر أنه مات بجناية العصر والثانى لا يضمن لأنه منخنق بموت أمه فلا يبقى جناية بعدها ، وهل يختص الضمان بجنين الآدمية أم يتعدى الى غيرها من الحيوانات ذهب أكثر الأصحاب الى الاختصاص لأن ضمان الجنين الميت على خلاف القياس قالوا وانما يجب ضمان ما نقص من أمه بالجناية ، نص عليه احمد فى رواية ابن منصور ، وقال أبو بكر يجب ضمان جنين البهائم بعشر قيمة أمه كجنين الأمة وقياسه جنين الصيد فى الحرم والاحرام ، والمشهور أنه يضمن بما نقص أمه أيضاً لأن غير الآدمى لا يضمن بمقدر وإنما يضمن بما نقص ولو ألقت البهيمة بالجناية جنيناً حياً ثم مات فاحتمالان ذكرهما القاضى وابن عقيل فى الرهن أحدهما يضمن قيمة الولد حيا لا غير والثانى عليه أكثر الامرين من قيمته أوما نقصت الأم ، وكذلك ذكر صاحب المغنى فى الامة إذا

أسقطت الجنين ، هل يجب ضمانه فقط أو يجب معه ضمان نقصها أو ضمان أكثر الأمرين ثلاث احتمالات والمذهب الاول ولم يذكر القاضى سواه وخرج الشيخ مجدالدين ان جنين الامة يضمن بما نقصت أمه لاغير بناء على قوله إن الرقيق لا يضمن بمقدر بل بماينقص بكل حال ولو قتل صيداً ماخضاً ففيه ثلاثة أوجه . احدها يفديه بمثله من النعم ماخض وهو قول أبى الخطاب . والثانى يفديه بقيمته مثله لأن اللحم الماخض يفسد فقيمة المثل أزيد من قيمة لحمه وهو قول القاضى ، والثالث يجزيه أن يفديه بمثله غير ماخض لأن هذه الصفة عيب فى اللحم فلا يعتبر فى المثل كسائر العيوب ذكره فى المغنى احتمالا (ومنها) هل يوصف قتل الجنين بالعمدية أم لا ، قال احمد فى رواية ابن منصور فى امرأة شربت دواء فاسقطت ان كانت تعمدت فاحب الى أن يعتق رقبة وان سقط حيا ثم مات فالدية على عاقلتها لأبيه ولا يكون لأمه شىء لأنها القاتلة. قيل له فان شربت عمدا قال هو شبيه العمد شربت ولا تدرى يسقط أم لا عسى لايسقط . الدية على العاقلة والظاهر أنه لم يجعله عمدا للشك فى وجوده لا للشك فى الاسقاط بالدواء لأنه قد يكون الاسقاط معلوما كما أن القتل بالسم ونحوه معلوم ومن هذه الرواية أخذ الأصحاب رواية وجوب الكفارة بقتل العمد ولا يصح ذلك فانه صرح بانه ليس بعمد وإنما هو شبه عمد (ومنها) عتق الجنين هل ينفذ من حينه أو هو موقوف على خروجه حيا فى المسئلة روايتان ، أحداهما ينفذ من حينه وهو المذهب . والثانية لايعتق حتى تضعه حيا نص عليها فى رواية ابن منصور قال لايجب العتق الا بالولادة، هو عبد حتى يعلم أنه حى أو ميت وكذلك الخلاف اذا أعتق تبعا لعتق أمه أو بملكه من يعتق برحم ، ويتفرع على هذا الأصل فروع :

الفرع الأول لو زوج ابنه بأمته فولدت ولدا بعد موت الجد سيد الأمة فان قلنا يعتق الحمل فقد عتق على جده نص على ذلك احمد فى رواية أبى طالب وصالح وان قلنا لا يعتق حتى توضع فهو تركة موروثة عن سيده فيرث منه أبوه وأعمامه بقدر حصصهم ويعتق عليهم بالملك نص على ذلك أحمد فى رواية المروذى وهذا لأننا ان قلنا ليس للحمل حكم فالمعنى أنه لا يثبت له حكم الأولاد المستقلين والا فهو موجود حقيقة ومودع فى أمه فالملك فيه قائم وطرد القاضى وابن عقيل الخلاف فى ثبوت ملكه أيضاً وذكرا فى الوصية أنه لو وصى بامة لزوجها وهى حامل منه فولدت فان قلنا للحمل حكم فهو موصى به معها يتبعها فى الوصية ، وإن قلنا لا حكم له لم يدخل فى الوصية وكان ملكا لمن ولدته فى ملكه لأنه حينئذ ثبت له حكم بظهوره . فان ولدته فى حياة الموصى فهو له أو بعد موته وقبل القبول فهو لمن حكمنا له بالملك فى تلك الحال على الخلاف فيه وان ولدته بعد قبوله فهو له ويعتق عليه ، وهذا يقتضى ههنا انا اذا قلنا لاحكم للحمل ولا يعتق على جده فمات الجد ووضع بعد موته انه اذا كان

وضعه بعد القسمة فهو ملك لمن حصلت الأمة له . وان كان قبل القسمة فهو مشترك بينهم لا لأنه موروث عن أبيهم بل لأنه نماء ملكهم المشترك فظهر بهذا أن للاصحاب فى معنى كون الحمل له حكم أولاحكم له طريقين : احدهما انه هل هو كجزء من أجزاء أمه أو كالمعدوم وانما يحكم بوجوده بالوضع . والثانى وهو المنصوص انه مملوك منفصل عن أمه ومودع فيها ولكن هل يثبت له حكم الولد المستقل بدون انفصاله أو لا يثبت له ذلك حتى ينفصل .

الفرع الثانى اذا أعتق الأمة الحامل عتق حملها معها ولكن هل يقف عتقه على انفصاله او يعتق من حين عتق أمه على ماتقدم وقياس ماذكره القاضى وابن عقيل انه لايعتق بالكلية اذ هو كالمعدوم قبل الوضع وهو بعيد جداً فان أسوأ مايقدر فى الحمل انه ورد عليه العتق فى حال منع من نفوذه مانع فوقف على زواله كعتق المريض لكل رقيقه، فانه يقف على اجازة الورثة ومن اصلنا أن العتق قبل الملك يصح تعليقه عليه فى ظاهر المذهب فان كان اصله موجوداً فى ملكه صح تعليقه بغير خلاف عند المحققين كمن قال لأمته كل ولد تلدينه حر ، وهذا العتق قد باشر بالعتق أمته وحملها متصل بها فوقف نفوذ عتقه على صلاحيته للعتق بظهوره وقد صرح القاضى فى خلافه بانه لو أعتق الحمل وكان علقة عتق وان لم يكن مملوكا حينئذ نظراً الى هذا المعنى والله أعلم .

الفرع الثالث اعتق الأمة واستثنى حملها صح وكان الولد رقيقا نص عليه فى رواية جماعة وتوقف فيه فى رواية ابن الحكم ، وخرج ابن أبى موسى والقاضى أنه لايصح استثناؤه بناء على أنه كجزء من أجزائها وخرجوه أيضا من عدم صحة استثنائه فى البيع ، ولا يصح لأن البيع تنافيه الجهالة بخلاف العتق .

الفرع الرابع اعتق الموسر أمة له حملها لغيره فهل يعتق بالسراية أم لا؟ ان قلنا انه مستقل بنفسه لم يسر اليه العتق وانما دخل مع الأم اذا كان مملوكا لمالكها تبعا لاتصاله بالأم واجتماعهما فى ملكه كما يتبع الطلع المؤبر للنخل فى العقد اذا كان ملكا لمالكه ولايتبع اذا كان ملكا لغيره وهذا اختيار السامرى وصاحبى التلخيص والمحرر ، وقال القاضى والشريف أبو جعفر وأبو الخطاب يعتق ويضمنه لمالكه بناء على أنه كجزء منها .

الفرع الخامس لو اعتق الحمل وحده صح ونفذ وهل يعتق من حينه أو يقف على خروجه حيا مبنى على ماسبق وأشار القاضى وابن عقيل فى ديات الأجنة الى خلاف لنا فى صحة عتقه بناء على أنه كالمعدوم وهو ضعيف وقياس قول من قال هو كجزء منها أن يسرى عتقه اليها وهو ضعيف أيضا . وينبنى على هذا الفرع لو ضرب بطن أمة حامل فاعتق السيد حملها بعد الجناية أو أعتقه السيد

ثم جنى عليه ثم انفصل ميتا أو انفصل حيا ثم مات عقيب الانفصال، فهذا ينبنى على أن العتق هل حصل قبل الانفصال أو لم يحصل الا بعده . وعلى أصل آخر وهو اذا جرح رقيقا ثم عتق فسرى الى نفسه فمات هل يضمنه بدية حر أو بقيمة عبد على روايتين فاذا علم هـذا فهنا صور أربعة : (أحدها) أن يجنى عليه ثم يعتق ثم ينفصل ميتا فينبنى على أن العتق هل حصل له حال كونه حملاً أم لا فان قلنا لم يحصل له العتق حينئذ وجب ضمانه بضمان جنين مملوك عشر قيمة أمه وان قلنا قد عتق انبنى على الخلاف فى اعتبار الضمان بحال السراية أو الجناية فان قلنا الاعتبار بحال الجناية فكذلك وان قلنا بحال السراية ففيه غرة ضمان جنين حر، وقيل يضمنه ضمان رقيق وجها واحدا كذلك ذكره القاضى وابن عقيل اذ لم يتحقق عتقه لجواز تلفه قبله وحكيا أيضا فيما اذا لو اعتق الأم بعـد الجناية ثم القت جنينها وجهين مخرجـين من الاختلاف فى اعتبار حالة السراية أو الجناية والفرق بينهما غير متوجه (والصورة الثانية) أن يجنى عليه ثم يعتق ثم ينفصل حيا ثم يموت فقـد حصـل له العتق بغـير خلاف فينبنى على الخلاف فى اعتبار الضمان هل هو بحالة السراية أو الجناية كما تقدم وفى مسودة شرح الهداية يضمنه بدية حر رواية واحدة وهو سهو (الصورة الثالثة) أن يعتق أولا ثم يجنى عليه ثم ينفصل حيا فيجب ضمانه بدية حر ان قلنا عتق وهو حمل وان قلنا لا يعتق الا بعد الانفصال انبنى على الخلاف فى اعتبار الضمان هل هو بحالة الجناية أو السراية فان قلنا بحالة السراية ضمنه بدية حر وإلا ضمنه ضمان رقيق وظاهر كلام صاحب المحرر أنه يجب ضمانه بدية حر وجها واحدا لأن الجناية وقعت بعد العتق المباشر ووجد الموت بعد النفوذ وفيه نظر . والأظهر أنه كمن جنى عليه بعد التعليق ثم مات بعد وجود الصفة (والصورة الرابعة) أن يعتق ثم يجنى عليه ثم ينفصل ميتا فان قلنا عتق وهو حمل ضمنه ضمان جنين حر وإن قلنا إنه لم يعتق ضمنه ضمان جنين رقيق ونص عليه أحمد فى رواية ابن منصور معللا بانه لم يعتق بعد ، وفى الخلاف الكبير والمحرر أن حربا نقل ذلك أيضا عن أحمد وليس كذلك وانما حكاه أحمد فى روايته عن الزهرى وقال ما أدرى كيف وجهه ، وقال القاضى وابن عقيل اذا قلنا لا يصح عتق الحمل فوجوده كعدمه فى جميع هذه الصور فهو ضعيف كما سبق (ومنها) ورود العقود على الحامل كالبيع والهبة والوصية والاصداق قال القاضى وابن عقيل ان قلنا للحمل حكم فهو داخل فى العقد ويأخذ قسطا من العوض وان قلنا لا حكم له لم يأخذ قسطا من العوض وكان بعد وضـعه حكمه حكم النماء المنفصل فلو ردت العـين بعيب أو افلاس أو طلاق فان قلنا له حكم (١) رد مع الأصل والا

(١) فى ٧١٢ : لاحكم له .

كان حكمه حكم النماء وقياس المنصوص عن احمد فى الحمل أنه لا يعتق وانه تركة موروثة يقتضى أن حكمه حكم الاجزاء لا حكم الولد المنفصل، فيجب رده مع العين وان قلنا لا حكم له اذ المراد بذلك انه لا يثبت له حكم الأولاد لا انه معدوم وهذا اصح وهو ظاهر كلام الأكثرين فى مسئلة الفلس ولا فرق بين ما يعتبر له القبض من العقود كالرهن والهبة وما لا يعتبر قبضه ويحصل قبضه تبعاً لأمه ذكره القاضى فى خلافه ويتخرج على هذا الأصل مسئلة اشتراط الحمل فى البيع والسلم فى الحيوان الحامل وغير ذلك (ومنها) جنين الدابة المذكاة هل يحكم بذكاته معها قبل الانفصال ام لا قال ابن عقيل فى فنونه لا يحكم بذكاته الا بعد الانفصال وظاهر كلام احمد خلافه فانه قال هو ركن من اركانها وفرق بين الجنين والولد المنفصل بأن الجنين فيه غرة والولد فيه الدية فعلم انه ليس له حكم الأولاد ، وهذا يرجح انه جزء من الأم وان تذكيته تابع لتذكيتها، واما ان قيل بأنه ولد مستقل ففيه نظر ، وقد ينبنى على ذلك انه هل يجب فيه اراقة دمه اذا خرج أم لا وكلام احمد فى ذلك يدل على روايتين ، وأكثر النصوص عنه يدل على الاستحباب فقط وفى بعضها مايشعر بالوجوب وهذا ينزع (١) الى انه ولد مستقل لكن عفى عن موته بغير تذكية لاتصاله بامه عند تذكيتها ثم وجب سفح دمه ليحصل مقصود التذكية فيه (ومنها) اذا ماتت الحامل وصلى عليها هل ينوى الصلاة على حملها قال ابن عقيل فى فنونه لا ، وعلل بالشك فى وجوده وهذا متوجه على القول بانه كالمعدوم قبل الانفصال ، وعلى القول بأنه كالجزء من الام أيضا . واما ان قيل بانه ولد مستقل ففيه نظر . وقد يقال شرط ثبوت الاحكام له ظهوره ولم يوجد فهذا متوجه .

﴿ القاعدة الخامسة والثمانون ﴾

الحقوق خمسة أنواع (احدها) حق ملك كحق السيد فى مال المكاتب ومال القن اذا قلنا يملك بالتمليك وما يمتنع ارثه لمانع كالتركة المستغرقة بالدين على رواية ، وكالمحرم اذا مات موروثه وفى ملكه صيد على اظهر الوجهين (والثانى) حق تملك كحق الأب فى مال ولده وحق العاقد للعقد اذا وجب له وحق العاقد فى عقد يملك فسخه ليعيد ماخرج عنه الى ملكه مع ان فى هذا شائبة من حق الملك وحق الشفيع فى الشقص وههنا صور يختلف فيها هل يثبت فيها الملك او حق التمليك ؛ (فمنها) حق المضارب فى الربح بعد الظهور وقبل القسمة وفيه روايتان : احداهما انه يملكها بالظهور : والثانية لم يملكه وانما ملك ان يتملكه وهو حق متأكد حتى لو مات ورث عنه ولو أتلف

(١) كتب بهامش نسختنا : لعله يرجع .

المالك المالغرم نصيبه وكذلك الأجنبي ولو اسقط المضارب حقه منه فان قلنا هو ملكه لم يسقط، وان قلنا لم يملكه بعد ففى التلخيص احتمالان : أحدهما يسقط كالغنيمة ، والثانى لا لأن الربح هنا مقصود وقد تأكد سببه بخلاف الغنيمة فان مقصود الجهاد إعلاء كلمة الله لا المال (ومنها) حق الغانم فى الغنيمة قبل القسمة وفيه وجهان : احدهما وهو المنصوص وعليه جمهور الأصحاب انه يثبت الملك فيها بمجرد الاستيلاء لكن هل يشترط الاحراز أم لا على وجهين احدهما لا يشترط وتملك بمجرد تقضى الحرب وهو قول القاضى فى المجرد ومن تابعه على طريقته . والثانى يشترط وهو قول الخرقى وابن ابى موسى كسائر المباحات ورجحه صاحب المغنى فعلى هذا لا يستحق منها الا من شهد الاحراز، واما على الاول فاعتبر القاضى والأكثرون شهود احراز (١) الوقعة وقالوا لا يستحق من لم يشهده . وفصل فى الاحكام السلطانية بين الجيش واهل المدد فاما الجيش فيستحقون بحضور جزء من الوقعة اذا كان تخلفهم عن الباقى لعذر كموت الغازى او موت فرسه ، وأما المدد فيعتبر لاستحقاقهم شهود انجلاء الحرب ونص احمد فى رواية يعقوب ابن بختان فيمن قتل فى المعركة يعطى ورثته نصيبه . والوجه الثانى لا يملك الغنيمة إلا باختيار الملك وهو اختيار القاضى فى خلافه . فعلى هذا انما ثبت لهم حق التملك كالشفيع فمن مات منهم قبل اختيار التملك أو المطالبة فلا حق له ذكره صاحب الترغيب وظاهر كلام القاضى فى خلافه فى باب الشفعة أن الحق ينتقل الى الورثة بدون القبول والمطالبة وان قالوا اخترنا القسمة لزمت حقوقهم ولم تسقط بالاعراض ذكره صاحب الترغيب بخلاف ما اذا اسقطوا حقوقهم قبل الاختيار فانه يسقط على الوجهين لضعف الملك وعدم استقراره ويصير فيئا فان اسقط البعض دون البعض فالكل لمن يسقط حقه (ومنها) حق من وجد ماله بعينه فى المغنم قبل القسمة مما ملكه الكفار بالاستيلاء عليه فانه يثبت له حق التملك عند الأصحاب وخرجه شيخ الاسلام ابن تيمية الشيخ تقى الدين على الخلاف فى حق الغانمين (ومنها) حق الزوج فى نصف الصداق اذا طلق قبل الدخول هل يثبت له فيه الملك قهرا أو يثبت له حق التملك فلا يملك بدونه فيه وجهان والأول هو المنصوص وعلى الثانى فتكفى فيه المطالبة واختيار التملك على ظاهر كلام ابى الخطاب كرجوع الأب وزعم صاحب الترغيب ان هذا مرتب على الخلاف فى عفو الذى بيده عقدة النكاح هل هو الزوج أو الولى وليس كذلك ولا يلزم من طلب العفو من الزوج أن يكون هو المالك فان العفو يصح عما يثبت فيه حق التملك كالشفعة وليس فى قولنا ان الذى بيده

(١) فى نسختى الدار : آخر الوقعة .

عقدة النكاح هو الأب ما يستلزم ان الزوج لم يملك نصف المهر لأنه انما يعفو عن النصف المختص بابنته فاما النصف الآخر فلا تعرض لذكره بنفى ولا اثبات . والعجب انه حكى بعد ذلك فى صحة عفو الزوج عن النصف اذا قلنا قد دخل فى ملكه وجهين والصحيح المشهور انه يصح عفوه ان كان مالكا كما يصح عفو الزوجة مع ملكها بنص القرآن لكن ان كان الصداق دينا صح الابراء منه بسائر الفاظ المباراة من الابراء والاسقاط والهبة والعفو والصدقة والتحليل ولا يشترط له قبول وان كان عينا وقلنا لم يملكه وانما يثبت له حق التملك فكذلك وكذلك يصح عفو الشفيع عن الشفعة ذكره القاضى وابن عقيل وان قلنا ملك نصف الصداق صح بلفظ الهبة والتملك وهل يصح بلفظ العفو على وجهين : احدهما لا يصح قاله ابن عقيل. والثانى يصح قاله القاضى ورجحه صاحب المغنى وهو الصحيح لأن عقد الهبة عندنا ينعقد بكل لفظ يفيد معناه من غير اشتراط ايجاب ولا قبول بلفظ معين . وقال القاضى وابن عقيل يشترط ههنا الايجاب والقبول والقبض وحكى صاحب الترغيب فى اشتراط القبول وجهين والصحيح أن القبض لا يشترط فى الفسوخ كالاقالة ونحوها صرح به القاضى فى خلافه وكذلك يصح رجوع الأب فى الهبة من غير قبض وكذلك فسخ عقد الرهن وغيرها (ومنها) حق الملتقط فى اللقطة بعد حول التعريف وفيه وجهان اشهرهما انه يثبت له الملك بغير اختياره واختاره القاضى وقال انه ظاهر كلام أحمد والثانى لايدخل حتى يختار وهو اختيار أبى الخطاب فيكون حقه فيها حق تملك

(ومنها) الموصى له بعد موت الموصى وفيه وجهان : احدهما أنه يثبت له الملك وقيل إنه ظاهر كلام أحمد. والثانى انمايثبت له حق التملك بالقبول وهو المشهور عندالأصحاب (ومنها) من نبت فى أرضه كلأ أو نحوه من المباحات أو توحل فيها صيد أو سمك ونحوه فهل يملكه بذلك فى المسئلة روايتان معروفتان وأكثر النصوص عن أحمد يدل على الملك وعلى الرواية الأخرى انما ثبت حق التملك وهو مقدم على غيره بذلك إذ لايلزمه ان يبذل من الماء والكلأ الا الفاضل عن حوائجه ولو سبق غيره وحقق سبب الملك بحيازته اليه فقال القاضى والأكثرون يملكه وخرج ابن عقيل أنه لايملكه لأنه سبب منهى عنه فلا يفيد الملك ويشبه هذا الخلاف فى الطائفة التى تغزو بدون اذن الامام هل يملكون شيئاً من غنيمتهم ام لا وقرر القاضى فى موضع من خلافه أن الأسباب الفعلية تفيد الملك وان كانت محظورة كأخذ المسلم اموال أهل الحرب غصباً وان دخل اليهم بأمان بخلاف القولية . وفى موضع آخر صرح بخلاف ذلك وانه لايملك به المسلم وهو الصحيح من المذهب (ومنها) متحجر الموات المشهور انه لايملكه بذلك ونقل صالح عن أبيه

مايدل على أنه يملكه وعلى الأول فهو أحق بتملكه بالاحياء فان بادر الغير فاحياه ففى ملكه وجهان معروفان هذا كله فيمن انعقد له سبب التملك وصار التملك واقفاً على اختياره فاما ان ثبت له رغبة فى التملك ووعد به ولم ينعقد السبب كالمستام والخاطب اذا ركن اليهما فلا يجوز مزاحمتهما أيضاً ولكن يصح على المنصوص وخرج القاضى وجها بالبطلان من البيع على بيعه والفرق بينهما واضح لأن الحق فى البيع انعقد واخذ به ولا كذلك ههنا ولأن المفيد للملك هذا العقد والمحرم سابق عليه فهو كاستيلاد الأب والشريك يحصل له الملك بالعلوق لما كان المحرم وهو الوطء سابقا عليه .

النوع الثالث حق الانتفاع ويدخل فيه صور:

(منها) وضع الجار خشبه على جدار جاره اذا لم يضر به للنص الوارد فيه (ومنها) إجراء الماء فى أرض غيره اذا اضطر الى ذلك فى احدى الروايتين لقضاء عمر به قال الشيخ تقى الدين وكذلك اذا احتاج ان يجرى ماءه فى طريق مائه مثل أن يجرى مياه سطوحه أو غيرها فى قناة لجاره أو يسوق فى قناة عذبة ماء ثم يقاسمه جاره ولو وضع على النهر عبّارة يجرى فيها الماء فخرجها الأصحاب على الروايتين ونقل أبو طالب عن احمد فى قوم اقتسموا دارا كانت لها اربعة سطوح يجرى الماء عليها فلما اقتسموا أراد أحدهم أن يمنع من جريان الماء الآخر عليه وقال هذا قد صار لى وليس بيننا شرط فقال احمد يرد الماء الى ما كان وإن لم يشرط ذلك ولا يضر به . وحمل طائفة من اصحابنا هذه الرواية على أنه يحصل به ضرر يمنعه من جريان الماء وانه يحتاج إلى ان ينقض سطحه ويستحدث له مسيلا فجعل له أن يجريه على رسمه الأول كذلك كما يجرى ماؤه فى أرض غيره للحاجة أو يضع خشبه على جداره و كذا ذكره ابن عقيل وغيره وحمله بعضهم على أن الدار إذا اقتسمت كانت مرافقها كلها باقية مشتركة بين الجمع كالاستطراق فى طريقها، ولهذا قلنا لو حصل الطريق فى حصة أحد المقتسمين ولا منفذ للآخر لم تصح القسمة، وعلى هذا حمله صاحب شرح الهداية وخرج صاحب المغنى فى رواية أبى طالب وجها فى مسألة الطريق بصحة القسمة وبقاء حق الاستطراق فيه للآخر وبينهما فرق ، فان الطريق لا يراد منه سوى الاستطراق فالاشتراك فيه يزيل معنى القسمة والاختصاص بخلاف اجراء الماء على السطح فانه لايمنع صاحب السطح من الانفراد بالانتفاع به بسائر وجوه الانتفاعات المختصة بالملك (ومنها) لو باع أرضاً فيها زرع يحصد مرة واحدة ولم يبد صلاحه أو شجرا عليه ثمر لم يبد صلاحه كان ذلك مبقى فى الشجر والأرض إلى وقت الحصاد والجذاذ بغيره أجرة ولو أراد تفريغ الأرض من الزرع لينتفع بها إلى وقت الجذاذ أو يؤجرها لم

يكن له ذلك كما لا يملك الجار إعارة غيره ما يستحقه من الانتفاع بملك جاره وكذلك لو باع زرعا قد بدا صلاحه فى أرض فان عليه إبقاءه إلى وقت صلاحه للحصاد فاما ان باع شجرة فهل يدخل منبتها فى البيع على وجهين ذكرهما القاضى وحكى عن ابن شاقلا أنه لا يدخل وان ظاهر كلام احمد الدخول حيث قال فيمن أقر بشجرة لرجل هى له بأصلها وعلى هذا لو انقلعت فله إعادة غيرها مكانها ولا يجوز ذلك على قول ابن شاقلا كالزرع إذا حصد فلا يكون له فى الارض سوى حق الانتفاع .

النوع الرابع حق الاختصاص وهو عبارة عما يختص مستحقه بالانتفاع به ولا يملك أحد مزاحمته فيه وهو غير قابل للشمول والمعاوضات ويدخل تحت ذلك صور :

(منها) الكلب المباح اقتناؤه كالمعلم لمن يصطاد به فان كان لا يصطاد به أو كان الكلب جروا يحتاج إلى التعليم فوجهان (ومنها) الادهان المتنجسة المنتفع بها بالايقاد وغيره على القول بالجواز فاما نجسة العين كدهن الميتة فالمنصوص أنه لا يجوز الانتفاع به ، ونقل ابن منصور عن احمد ما يدل على جوازه (ومنها) جلد الميتة المدبوغ إذا قيل يجوز الانتفاع به فى اليابسات فاما مالا يجوز الانتفاع به من النجاسات بحال فلا يد ثابتة عليه وآية ذلك أنه لا يجب رده على من انتزعه ممن هو فى يده بخلاف مافيه نفع مباح فانه يجب رده نعم لو غصب خمراً فتخللت فى يد الغاصب وجب ردها ذكره القاضى وابن عقيل والاصحاب لأن يد الاول لم تزل عنها بالغصب فكأنها تخللت فى يده واختلفت(١) عبارات الاصحاب فى زوال الملك بمجرد التخمير فاطلق الاكثرون الزوال منهم القاضى وابن عقيل وظاهر كلام بعضهم أن الملك لم يزل ومنهم صاحب المغنى فى كتاب الحج وفى كلام القاضى ما يدل عليه وبكل حال فلو عادت خلا عاد الملك الاول لحقوقه من ثبوت الرهنية وغيرها حتى لو خلف خمرا ودينا فتخللت الخمر قضى منه دينه ذكره القاضى فى المجرد فى الرهن وذكر هو وابن عقيل أيضاً فيه لو وهب الخمر وأقبضها او اراقها فجمعها آخر فتخللت فى يد الثانى فهل هى ملك له أو للأول على احتمالين وفرقا بين ذلك وبين الغصب بأن الأول زالت يده عنها بالاراقة والاقباض وثبت يد الثانى بخلاف الغصب ورجح صاحب المغنى أن الرهن لا يبطل بتخمير العصير وهذا كله يدل على ثبوت اليد على الخمر لامكان عودها مالا (ومنها) مرافق الأملاك كالطرق والأفنية ومسيل المياه ونحوها هل هى مملوكة أو ثبت فيها حق الاختصاص وفى المسألة وجهان : أحدهما ثبوت حق الاختصاص فيها من غير ملك وبه جزم القاضى وابن عقيل فى باب إحياء الموات وفى الغصب ودل عليه المنصوص عن احمد فيمن حفر فى فنائه بئرا أنه متعد بحفره

(١) فى نسختى الدار : واختلطت

فى غير ملك ، وطرد القاضى ذلك حتى فى حريم البئر ورتب عليه أنه لو باعه أرضاً بفنائها لم يصح البيع لأن الفناء لا يختص به إذ استطراقه عام بخلاف ما لو باع بطريقها واورد ابن عقيل احتمالا بصحة البيع بالفناء لأنه من الحقوق فهو كمسيل المياه : والوجه الثانى الملك وصرح به الأصحاب فى الطرق وجزم به فى الكل صاحب المغنى وأخـــذه من نص احمد والخرقى على ملك حريم البئر (ومنها) مرافق الأسواق المتسعة التى يجوز البيع والشراء فيها كالدكاكين المباحة ونحوها فالسابق اليها أحق بها ، وهل ينتهى حقه بانتهاء النهار أو يمتد الى أن ينقل قماشه عنها على وجهين ، وظاهر كلام احمد فى رواية حرب الأول لجريان العادة بانتفاء الزيادة عليه ، وعلى الثانى فلو أطال الجلوس فهل يصرف أم لا على وجهين لأنه يفضى إلى الاختصاص بالحق المشترك (ومنها) الجلوس فى المساجد ونحوها لعبادة أو مباح فيكون الجالس أحق بمجلسه الى أن يقوم عنه باختياره قاطعـــا للجلوس أما ان قام لحاجة عارضة ونيته العود فهو أحق بمجلسه ويستثنى من ذلك الصبي إذا قام فى صف فاضل أوفى وسط الصف فانه يجوز نقله عنه صرح به القاضى، وهو ظاهر كلام احمد وعليه حمل فعل أبى بن كعب بقيس بن عباد .

والنوع الخامس حق التعلق لاستيفاء الحق وله صور :

(منها) تعلق حق المرتهن بالرهن ومعناه أن جميع أجزاء الرهن محبوس بكل جزء من الدين حتى يستوفى جميعه (ومنهـا) تعلق حق الجناية بالجانى ومعناه أن حقه انحصر فى ماليته وله المطالبة بالاستيفاء منه ويتعلق الحق بمجموع الرقبة لا بقدر الارش(١) على ظاهر كلام الاصحاب ويباع جميعه فى الجناية ويوفى منه الحق ويرد الفضل على السيد ، وذكر القاضى فى المجرد أن ظاهر كلام احمد انه لا يرد عليـه شىء وهذا صريح فى تعلق الحق بالجميع وللأصحاب فى العبد المرهـون إذا جنى وكان فى قيمته فضل عن الأرش(٢) هل يباع جميعه أو بمقدار الارش(٣) فيه وجهـان لكن بيع جميعه ينـدفع به عن السيد ضرر نقص القيمة بالتشقيص (ومنها) تعلق حق الغرماء بالتركة هل يمنع انتقالها بالارث على روايتين وهل هو كتعلق الجنـاية أو الرهن ؟ اختلف كلام الاصحاب فى ذلك وصرح الأكثرون بانه كتعلق الرهن ويفسر بثلاثة أشـياء احدها ان تعلق الدين بالتركة وبكل جزء من أجزائها فلا ينفك منها شىء حتى يوفى الدين كله . وصرح بذلك القاضى فى خلافه إذا كان الوارث واحدا قال وان كان جماعة انقسم عليهم بالحصص ويتعلق كل حصة من الدين بنظيرها من التركة وبكل جزء منها فلا ينفك منها شىء حتى يوفى جميع تلك الحصة ولا فرق فى ذلك بين أن

(١) - (٣) فى نسختى الدار : الارث .

يكون الدين مستغرقا للتركة أو غير مستغرق صرح به جماعة منهم صاحب الترغيب في التفليس الثانى أن الدين فى الذمة ويتعلق بالتركة وهل هو فى ذمة الميت أو الورثة على وجهين سبق ذكرهما والثالث أنه يمنع صحة التصرف وفى ذلك وجهان أيضاً سبقا وهل تعلق حقهم بالمال من حين المرض ام لا ؟ تردد الأصحاب فى ذلك ونقل الميمونى عن احمد فيمن عليه دين يحيط بجميع ماترك يجوز له ان يعتق ويهب يعنى الميت قال نعم ! قلت هذا ليس له مال قال اليس ثلثه له قلت ليس هذا المال له قال أليس هو الساعة فى يده قلت بلى ! ولكنه لغيره قال دعها فانها مسألة فيها لبس والذى كان عنده على ما ناظرته ان هذا جائز . واستشكل القاضى هذه الرواية فيما قرأته بخطه وجعل ظاهرها صحة الوصية بالثلث مع الدين وحملها على احد وجهين إما ان يكون حكم المريض مع الغرماء كحكمه مع الورثة لتعلق حق الجميع بماله فلا يكون ممنوعا من التصرف بالثلث مع واحد منهما . أو أن يقف صحة تصرفه على إجازة الغرماء . وقال الشيخ تقى الدين هى بدل على ان الغرماء لا يتعلق حقهم بالمال الا بعد الموت لأن حقهم فى الحياة فى ذمته والورثة لا يتعلق حقهم بالمال مع الدين فيبقى الثلث الذى ملكه الشارع التصرف فيه لامانع له من التصرف فيه فينفذ تصرفه فيه منجزاً لا معلقا بالموت بخلاف الزائد على الثلث اذا لم يكن عليه دين فان حق الورثة يتعلق به فى مرضه اذ لاحق لهم فى ذمته . قلت : وتردد كلام القاضى وابن عقيل فى خلافيهما فى المريض هل لورثته منعه من انفاق جميع ماله فى الشهوات أم لا ؟ ففى موضع جزما بثبوت المنع لهم لتعلق حقوقهم بماله وأنكراذلك فى مواضع (ومنها) تعلق حق الموصى له بالمال هل يتبع الانتقال الى الورثة جعل طائفة من الأصحاب حكمه حكم الدين ومنهم أبو الخطاب فى انتصاره وأبو الحسين فى فروعه ويشهد لذلك قول طائفة من الأصحاب أن الموصى به قبل القبول على ملك الورثة وجزم القاضى فى خلافه بعدم انتقاله الى الورثة مفرقا بين الدين والوصية بان حق الموصى له فى عين التركة ولا يملك الورثة إبدال حقه بخلاف الدين فان حق صاحبه فى التركة والذمة وللورثة التوفية من غيره وأخذ ذلك مما رواه ابن منصور عن احمد فيمن أوصى أن يخرج من ماله كذا وكذا فى كذا وكذا سنة قال لا يقسم المال حتى ينفذوا ما قال الا إن يضمنوا ان يخرجوه فلهم ان يقسموا البقية وكذلك فى المجرد والفصول فى باب الشركة ان الموصى له ان كان معيناً فهو شريك فى قدر ما وصى له به وان كان غير معين كالفقراء والمساكين لم يجز للورثة التصرف حتى يفردوا نصيب الموصى له ومما يدل على عدم انتقاله الى الورثة أن المشهور عندنا صحة الوصية بالزائد على الثلث وان اجازة الورثة لها تنفيذ لا ابتداء عطية (ومنها) تعلق الزكاة بالنصاب هل هو تعلق شركة او ارتهان أو تعلق الاستيفاء كالجناية اضطرب

كلام الاصحاب فى ذلك اضطرابا كثيرا . ويحصل منه ثلاثةاوجه : احدهاانه تعلق شركة وصرح به القاضى فى موضع من شرح المذهب وظاهر كلام ابى بكر يدل عليه وقد بينه فى موضع آخر والثانى تعلق استيفاء وصرح به غير واحدمنهم القاضى . ثم منهم من يشبهه بتعلق الجناية ومنهم من يشبهه بتعلق الدين بالتركة . والثالث انه تعلق رهن وينكشف هذا النزاع بتحرير مسائل :

(منها) ان الحق هل هو متعلق بجميع النصاب أو بمقدار الزكاة فيه غير معين ؟ وقد نقل القاضى وابن عقيل الاتفاق على الثانى (ومنها) أنه مع التعلق بالمال هل يكون ثابتا فى ذمة المالك ام لا ؟ وظاهر كلام الأكثرين انه على القول بالتعلق بالعين لا يثبت فى الذمة منه شيء الا ان يتلف المال او يتصرف فيه المالك بعد الحول . فظاهر كلام ابى الخطاب وصاحب المحرر فى شرح الهداية انا اذا قلنا الزكاة فى الذمة فيتعلق بالعين تعلق استيفاء محض كتعلق الديون بالتركة وهو اختيار الشيخ تقى الدين شيخ الاسلام ابن تيمية وهو حسن (ومنها) منع التصرف والمذهب أن لا يمنع كما سبق (ومنها) اعنى صور تعلق الحقوق بالاموال تعلق حق غرماء المفلس بماله بعد الحجر وهو تعلق استحقاق الاستيفاء منه (ومنها) تعلق ديون الغرماء بمال المأذون له وقد ذكر القاضى فى المجرد أن هذا التعلق هل يصح شراء السيد منه كمال المكاتب مع سيده أولا ؟ كالمرهون بالنسبة الى الراهن على احتمالين وهذا لا يتوجه على ظاهر المذهب ، وهو تعلق ديونه بذمة السيد وانما يتوجه على قولنا يتعلق برقبة العبد وقد صرح فى الخلاف الكبير ببناء المسألة على هذا (ومنها) تعلق حقوق الفقراء بالهدى والاضاحى المعينة ويقدمون بما يجب صرفه اليهم منها على الغرماء فى حياة الموجب وبعد وفاته .

﴿ القاعدة السادسة والثمانون ﴾

الملك اربعة أنواع : ملك عين ومنفعة . وملك عين بلا منفعة . وملك منفعة بلا عين ، وملك انتفاع من غير ملك المنفعة .

اما النوع الأول فهو عامة الاملاك الواردة على الأعيان المملوكة بالاسباب المقتضية لها من بيع وهبة وارث وغير ذلك . واعلم أن ابن عقيل ذكر فى الواضح فى أصول الفقه اجماع الفقهاء على ان العباد لا يملكون الاعيان وإنما مالك الأعيان خالقها سبحانه وتعالى وان العباد لا يملكون سوى الانتفاع بها على الوجه المأذون فيه شرعا فمن كان مالكا لعموم الانتفاع فهو المالك المطلق ومن كان مالكا لنوع منه فملكه مقيد ويختص باسم خاص يمتاز به كالمستأجر والمستعير وغير ذلك .

وكذا ذكر ابن الزاغونى فى كتاب غرر البيان ورجحه الشيخ تقى الدين رحمه الله . فعلى هذا جميع الاملاك انما هى ملك الانتفاع ولكن التقسيم ههنا وارد على المشهور .

النوع الثانى ملك العين بدون منفعة وقد اثبته الاصحاب فى الوصية بالمنافع لواحد وبالرقبة لآخر أو تركها للورثة وقد قال احمد فى رواية مهنا فيمن أوصى بخدمة عبده أو ظهر دابة تركب او بدار تسكن . فقال الدار لا بأس بها وا كره العبد والدابة لأنهما يموتان قال أبو بكر الذى أقول به أن الوصية تصح فى جميع ذلك لأن الدار تخرب أيضاً وحمل القاضى كلام احمد على الكراهة دون ابطال الوصية . قال الشيخ تقى الدين رحمه الله لم يرد احمد أن الوصية لا تجوز إلا بما يدوم نفعه فان هذا لا يقوله أدنى من له نظر فى الفقه فضلا عن أن يكون هذا الامام ، وانما أراد أن العبد والدابة إذا أوصى بمنافعهما على التأبيد فلم يترك للورثة ما ينتفعون به فلا يجوز أن يحسب ذلك عليهم من الميراث فانه لا فائدة فى الرقبة المجردة عن المنافع بل هو ضرر محض بجواز الوصية وقد شرط الله تعالى لجواز الوصية عدم المضارة لكن ان قصد الموصى ايصال جميع المنافع إلى الموصى له فهذه وصية بالرقبة فلا يحتسب على الورثة منها شيء ولا يصح الايصاء معها بالرقبة وان قصد مع ذلك إبقاء الرقبة للورثة أو الايصاء بها لآخر بطلت الوصية لامتناع أن تكون المنافع كلها لشخص والرقبة لآخر ولا سبيل إلى ترجيح أحد الأمرين فيبطلان . اما ان وصى فى وقت بالرقبة لشخص وفى آخر بالمنافع لغيره فهو كالو وصى بعين لاثنين فى وقتين واستدل على أن تمليك جميع المنافع تمليك للعين بالرقبى والعمرى فانها تمليك للرقبة حيث كانت تمليكا للمنافع فى الحياة وهذا المعنى منتف فى الوصية بسكنى الدار لأن هذا تمليك منفعة خاصة ينتهى بموت الموصى له وبخراب الدار فيعود الملك إلى الورثة كما يعود الملك فى السكنى فى الحياة .

النوع الثالث ملك المنفعة بدون عين وهو ثابت بالاتفاق وهو ضربان : احدهما ملك مؤبد ويندرج تحته صور :

(منها) الوصية بالمنافع كما سبق ويشمل جميع أنواعها الا منفعة البضع فان فى دخولها بالوصية وجهين (ومنها) الوقف فان منافعه وثمراته مملوكة للموقوف عليه وفى ملكه لرقبته وجهان معروفان لهما فوائد متعددة (ومنها) الارض الخراجية المقرة فى يد من هى فى يده بالخراج يملك منافعها على التأبيد . والضرب الثانى ملك غير مؤبد فمنه الاجارة ومنافع المبيع المستثناة فى العقد مدة معلومة ، ومنه ماهو غير موقت لكنه غير لازم كالعارية على وجه وإقطاع الاستغلال .

النوع الرابع ملك الانتفاع المجرد وله صور متعددة :

(منها) ملك المستعير فانه يملك الانتفاع لا المنفعة الا على رواية ابن منصور عن احمد أن العارية المؤقتة تلزم كذا قال الاصحاب ويمكن أن يقال لزوم العارية المؤقتة انما يدل على وجوب الوفاء ببدل الانتفاع لا على تمليك المنفعة (ومنها) المنتفع بملك جاره من وضع خشب وممر فى دار ونحوه وان كان بعقد صلح فهو اجارة (ومنها) اقطاع الأرفاق كمقاعد الأسواق ونحوها . (ومنها) الطعام فى دار الحرب قبل حيازته يملك الغانمون الانتفاع به بقدر الحاجة وقياسه الأكل من الأضحية والثمر المعلق ونحوه (ومنها) أكل الضيف لطعام المضيف فانه اباحة محضة لايحصل به الملك بحال على المشهور عندنا وعن أحمد رواية باجزاء الاطعام فى الكفارات وينزل على أحد قولين إما ان الضيف يملك ماقدم اليه وان كان ملكا خاصا بالنسبة إلى الأكل وإما ان الكفارة لايشترط فيها تمليك (ومنها) عقد النكاح وترددت عبارات الأصحاب فى مورده هل هو الملك أو الاستباحة فمن قائل هو الملك . ثم ترددوا هل هو ملك منفعة البضع أو ملك الانتفاع بها(١) وقيل بل هو الحل لاالملك ولهذا يقع الاستمتاع من جهة الزوجة مع أنه لاملك لها وقيل بل المعقود عليه ازدواج كالمشاركة ولهذا فرق الله سبحانه بين الازدواج وملك اليمين واليه ميل الشيخ تقى الدين فيكون من باب المشاركات دون المعاوضات

﴿ القاعدة السابعة والثمانون ﴾

فيما يقبل النقل والمعاوضة من الحقوق المالية والأملاك ، أما الأملاك التامة فقابلة للنقل بالعوض وغيره فى الجملة ، وأما ملك المنافع فان كان بعقد لازم ملك فيه نقل الملك بمثل العقد الذى ملك به أو دونه دون ماهو أعلى منه ويملك المعاوضة عليه أيضا صرح به القاضى فى خلافه ويندرج تحت هذا صور :

(منها) اجارة المستأجر جائزة على المذهب الصحيح بمثل الأجرة وأكثر وأقل (ومنها) اجارة الوقف (ومنها) اجارة المنافع الموصى بها وصرح بها القاضى فى خلافه (ومنها) اجارة المنافع المستثناة فى عقد البيع (ومنها) اجارة [أرض] العنوة الخراجية والمذهب الصحيح صحتها وهو نص أحمد ولكن استحب المزارعة فيها على الاستئجار وحكى القاضى وابن عقيل رواية أخرى بالمنع كرباع مكة(٢) وقد أشار أحمد فى رواية حنبل الى كراهة منعها وسنذكره فى موضعه (ومنها) اعارة العارية المؤقتة اذا قيل بلزومها وملك المنفعة فيها فانه يجوز ولا تجوز الاجارة لأنها أعلى صرح به

---

(١) بياض فى نسختنا بقدر ثلاث كلمات (٢) فى نسختى الدار : كرباع هذه .

القاضى فى خلافه وأما إجارة اقطاع الاستغلال التى موردها منفعة الأرض دون رقبتها فلا نقل فيها نعلمه ، وكلام القاضى قد يشعر بالمنع لأنه جعل مناط صحة الاجارة المنافع لزوم العقد وهذا منتف فى الاقطاع وقد قال الشيخ تقى الدين رحمه الله يجوز وجعل الخلاف فيه مبتدعا وقرره بان الامام جعله للجند عوضا عن أعمالهم فهو كالمملوك بعوض ولأن اذنه فى الايجار عرفى فجاز كما لو صرح به ولو تهايا الشريكان على الارض وقلنا لا يلزم فهل لأحدهما اجارة حصته الأظهر جوازه لأن المهايات اذا فسخت عاد الملك مشاعا فيخرج على الخلاف فى اجارة المشاع وتستثنى من ذلك الحقوق الثابتة دفعا لضرر الاملاك فلا يصح النقل فيها بحال وتصح المعاوضة على اثباتها واستيفائها . وأما ملك الانتفاع وحقوق الاختصاص سوى البضع وحقوق التملك فهل يصح نقل الحق فيها أم لا ؛ ان كانت لازمة جاز النقل لمن يقوم مقامه فيها بغير عوض وفى جوازه بعوض خلاف ويندرج ذلك فى(١) مسائل (منها) ماثبتت عليه يد الاختصاص كالكلب والزيت النجس المنتفع به فانه تنتقل اليد فيه بالارث والوصية والاعارة فى الكلب وفى الهبة وجهان اختار القاضى عدم الصحة وخالفه صاحب المغنى وليس بينهما خلاف فى الحقيقة لأن نقل اليد فى هذه الأعيان بغير عوض جائز كالوصية وقد صرح به القاضى فى خلافه ؛ واما اجارة الكلب فالمذهب انها لا تصح لأنها معاوضة ولا مالية فيه وحكى ابو الفتح الحلوانى فيها وجهين وكذا خرج ابو الخطاب وجها بالجواز فيكون معاوضة عن نقل اليد ويرده النهى عن بيعه وقد كان يمكن جعله معاوضة عن نقل اليد (ومنها) المستعير لا يملك نقل حقه من الانتفاع الا ان يقول بلزوم العارية كما سبق (ومنها) مرافق الاملاك من الافنية والأزقة المشتركة تصح اباحتها والاذن فى الانتفاع بها كالاذن فى فتح باب ونحوه قال فى التلخيص ويكون اعارة على الأشبه وتجوز المعاوضة عن فتح الأبواب ونحوها ذكره فى المغنى والتلخيص وهو شبيه بالمصالحة بعوض على اجراء الماء فى أرضه أو فتح الباب فى حائطه او وضع خشب على جداره ونحوه ، وهذا متوجه على القول بملك هذه المرافق اما على القول بعدم الملك فهو شبيه بنقل اليد بعوض كما سبق وكذلك ذكر الأصحاب جواز المصالحة عن الروشن الخارج فى الدرب المشترك وأما [على] الشجرة ففيها خلاف معروف لكونها لا تدوم على حالة واحدة واما الانتفاع بأفنية الأملاك والمساجد بغير اذن من الملاك والامام فان كان فيه ضرر لم يجز والا ففى جوازه روايتان ذكره القاضى فى الاحكام السلطانية وتجوز المصالحة بعوض على اسقاط حقه من وضع الخشب على جداره ونحوه ذكره فى المجرد (ومنها) متحجر الموات ومن اقطعه الامام مواتا ليحييه(٢)

(١) فى نسختى الدار ويستثنى من (٢) بالاصل (ليجبيه).

لا يملكه بمجرد ذلك على المذهب لكن يثبت له فيه حق التملك فيجوز نقل الحق الى غيره بهبة واعارة وينتقل الى ورثته من بعده ودل له المعاوضة عنه على وجهين اصلهما المعاوضة عن الحقوق فان هذا حق تملك كما سبق وفارق الشفعة فان النقل فيها ممتنع لأنها من حقوق الاملاك فهى مما استثنى من القاعدة . قال احمد فى رواية ابن منصور الشفعة لاتباع ولا توهب وحمل القاضى قوله لاتباع على ان المشترى ليس له أن يصالح الشفيع عنها بعوض قال لأنه خيار لايسقط الى مال فلم يجز اخذ العوض عنه كخيار الشرط والمجلس بخلاف خيار القصاص والعيب لأنه يسقط الى الدية والارش والأظهر حمل قول احمد لاتباع ولا توهب على ان الشفيع ليس له نقلها الى غيره بعوض ولا غيره فاما مصالحته المشترى فهو كالمصالحة على ترك وضع الخشب على جدار ونحوه . وذكر القاضى فى باب الشفعة أيضاً أن خيار العيب تجوز المصالحة عنه بعوض وعلل بأن العيب يمنع لزوم العقد ومع عدم اللزوم تجوز الزيادة فى الثمن والنقص منه فجعل الصلح ههنا اسقاطا من الثمن كالأرش . وعلى قياس خيار الشرط والمجلس لأن التصرف فى الثمن بالنقص والزيادة فيه ممكن (ومنها) الكلأ والماء فى الأرض المملوكة اذا قلنا لايملكان بدون الحيازة فللمالك الاذن فى الأخذ وليس له المعاوضة عند أكثر الأصحاب . ووقع فى المقنع والمحرر مايقتضى حكاية روايتين فى جواز المعاوضة وان قلنا بعدم الملك ولعله من باب المعاوضة عما يستحق تملكه فيلتحق بالقاعدة (ومنها) مقاعد الأسواق ومجالس المساجد ونحوها يصح نقل الحق فيهما بغير عوض لأن الحق فيهما لازم بالسبق ولو آثر بها غيره فسبق ثالث فجلس فهل يكون احق من المؤثر أم لا على وجهين . احدهما نعم لأن حق القائم زال بانفصاله فصار الحق ثابتا بالسبق . والثانى لا ، لأنه لو قام لحاجة ونحوها لم يسقط حقه فكذا اذا آثر غيره لأنه اقامه مقام نفسه وبنى بعضهم هذا الخلاف على القول بعدم كراهة الايثار بالقرب فاما ان قلنا بكراهيته فالسابق أحق به وجهاً واحداً وفرق بعضهم بين مجالس المساجد ونحوها ومقاعد الأسواق فاجاز النقل فى المقاعد خاصة لأنها منافع دنيوية فهى كالحقوق المالية (ومنها) الطعام المباح فى دار الحرب يجوز نقل اليد فيه الى من هو من أهل الاستحقاق من المغنم أيضاً لاشتراك الكل فى استحقاق الانتفاع ولا يكون ذلك تمليكا لانتفاء ملكه بالأخذ حتى لو احتاج الى صاع من برجيد وعنده صاعان رديئان فله ان يبدلها بصاع اذ هو مأخوذ على الاباحة دون التمليك صرح به القاضى وابن عقيل (ومنها) المباح اكله من مال الزكاة والاضاحى يجوز اطعامه للضيفان ونحوهم لاستقرار الحق فيه بخلاف طعام الضيافة ولا يجوز المعاوضة عن شىء من ذلك (ومنها) منافع الأرض الخراجية فيجوز نقلها بغير عوض الى من يقوم

مقامه فيها وينتقل الى الوارث ويقوم مقام مورثه فيها . وكذلك يجوز جعلها مهراً نص عليه فى رواية عبد الله ونص فى رواية ابن هانئ وغيره على جواز دفعها الى الزوجة عوضا عما يستحقه عليه من المهر وهذا معاوضة عن منافعها المملوكة فاما البيع فكرهه احمد ونهى عنه واختلف قوله فى بيع العمارة التى فيها لئلا يتخذ طريقا الى بيع رقبة الأرض التى لا تملك بل هى إما وقف واما للمسلمين جميعا ونص فى رواية المروذى على أنه يبيع آلات عمارته بما يساوى وكره أن يبيع با كثر من ذلك لهذا المعنى وكذلك نقل عنه ابن هانىء أنه قال يقوم دكانه مافيه من غلق وكل شيء يحدثه فيه فيعطى ذلك ولا أرى أن يبيع سكنى دار ولا دكان ورخص فى رواية عنه فى شرائها دون بيعها لأن شراءها استنقاذ لها بعوض بمن يتعدى الصرف فيها وهو جائز ورخص فى رواية المروذى أيضا فى بيع مايحتاج اليه للنفقة منها فان كان فيه فضل عن النفقه تصدق به وكل هذا بناء على أن رقبة هذه الأرض وقفها عمر رضى الله عنه ومن الأصحاب من حكى رواية أخرى بجواز البيع مطلقا كالحلوانى وابنه وكذلك خرجها ابن عقيل من نص احمد على صحة وقفها ولو كانت وقفا لم يصح وقفها وكذلك وقع فى كلام أبى بكر وابن شاقلا وابن أبى موسى مايقتضى الجواز وله مأخذان : أحدهما أن الأرض ليست وقفا وهو مأخذ ابن عقيل وعلى هذا فان كانت مقسومة فلا إشكال فى ملكها وان كانت فيئا لبيت المال وأكثر كلام احمد يدل عليه فهل تصير وقفا بنفس الانتقال الى بيت المال أم لا على وجهين . فان قلنا لا تصير وقفا فللامام بيعها وصرف ثمنها الى المصالح . وهل له اقطاعها اقطاع تمليك على وجهين ذكر ذلك القاضى فى الاحكام السلطانية : والمأخذ الثانى أن البيع هنا وارد على المنافع دون الرقبة فهو نقل للمنافع المستحقة بعوض وهذا اختيار الشيخ تقى الدين ويدل عليه من كلام احمد أنه أجاز دفعها عوضا عن المهر ويشهد له ماتقدم من المعاوضة عن المنافع فى مسائل متعددة وان كان القاضى وابن عقيل والأكثرون صرحوا بعدم صحة بيع المنافع المجردة والتحقيق فى ذلك أن المنافع نوعان أحدهما منافع الأعيان المملوكة التى تقبل المعاوضة مع أعيانها فهذه قد جوز الأصحاب بيعها فى مواضع (منها) أن أصل وضع الخراج على العنوة إذا قيل هى فئ فانه ليس بأجرة بل هو شبيه بها ومتردد بينها وبين البيع (ومنها) المصالحة بعوض على وضع الأخشاب وفتح الأبواب ومرور المياه ونحوها وليس باجارة محضة لعدم تقدير المدة وهو شبيه بالبيع (ومنها) لو اعتق عبده واستثنى خدمته سنة فهل له أن يبيعها منه على روايتين ذكرهما ابن أبى موسى وهما منصوصتان عن احمد ولا يقال هو لا يملك بيع العبد فى هذه الحال لأن هذه المنافع كانت بملك المعاوضة عنها فى حال الرق وقد استبقاها بعد زواله فاستمر حكم المعاوضة عليها كما يستمر حكم

وطء المكاتبة اذا استثناه فى عقد الكتابة وهل الكتابة الاعقد معاوضة على المنافع .

النوع الثانى المنافع التى ملكت مجردة عن الأعيان أو كانت أعيانها غير قابلة للمعاوضة فهذا محل الخلاف الذى نتكلم فيه ههنا والله اعلم .

﴿ القاعدة الثامنة والثمانون ﴾

فى الانتفاع واحداث ماينتفع به من الطرق المسلوكة فى الأمصار والقرى وهوائها وقرارها .

أما الطريق نفسه فان كان ضيقا أو أحدث فيه مايضر بالمارة فلا يجوز بكل حال . وأما مع السعة وانتفاء الضرر فان كان المحدث فيه متأبدا كالبناء والغراس فان كان لمنفعة خاصة بآحاد الناس لم يجز على المعروف من المذهب وان كان لمنفعة عامة ففيه خلاف معروف ؛ منهم من يطلقه ومنهم من يخصه بحالة انتفاء اذن الامام فيه وإن كان غير متأبد ونفعه خاص كالجلوس وايقاف الدابة فيه ففيه خلاف أيضا . وأما القرار الباطن فحكمه حكم الظاهر على المنصوص . وأما الهواء فان كان الانتفاع به خاصا بدون إذن الامام فالمعروف منعه وباذنه فيه خلاف ويندرج تحت ذلك مسائل كثيرة

(منها) اذا حفر فى طريق واسع بئرا فان كان لنفع المسلمين ففيه طريقان . أحدهما ان كان باذن الامام جاز وان كان بدون اذنه ففيه روايتان قاله القاضى وابن عقيل وصاحب المحرر . والثانى فيه روايتان على الاطلاق قاله أبو الخطاب وصاحب المغنى اذ البئر مظنة العطب ، وان كان الحفر لنفسه ضمن بكل حال ولو كان فى فنائه نص عليه ولا يجوز اذن الامام فيه عند الاصحاب . وفى الاحكام السلطانية للقاضى إن له التصرف فى فنائه بما شاء من حفر وغيره اذا لم يضر وأما فى فناء غيره فان أضر بأهله لم يجز وان لم يضر جاز وهل يعتبر اذنهم أو اذن الامام فى فناء المسجد على وجهين

(ومنها) إذا بنى مسجدا فى طريق واسع لم يضر بالمارة قال الاكثرون من الاصحاب ان كان باذن الامام جاز والا فروايتان وقال أحمد فى رواية ابن الحكم أكره الصلاة فى المسجد الذى لا يؤخذ من الطريق الا أن يكون باذن الامام ، ومنهم من أطلق الروايتين وكلام أحمد أكثره غير مقيد وقال فى رواية المروذى المساجد التى فى الطرقات حكمها أن تهدم . وقال اسماعيل الشالنجى سألت أحمد عن طريق واسع للمسلمين عنه غنى وبهم الى أن يكون هناك مسجد حاجة هل يجوز أن يبنى هناك مسجد ؟ قال لا بأس بذلك اذا لم يضر بالطريق . قال وسألت أحمد هل يبنى على خندق مدينة المسلمين مسجد للمسلمين عامة قال لا بأس بذلك إذا لم يضر بالطريق . قال الجوزجانى فى المترجم والذى عنى احمد من الضرر بالطريق ما وقت النبي صلى الله عليه وسلم من السبع الاذرع كذا قال ومراده انه

يجوز البناء إذا فضل من الطريق سبعة أذرع والمنصوص عن احمد أن قول النبي صلى الله عليه وسلم
إذا اختلفتم فى الطريق فاجعلوه سبعة أذرع فى أرض مملوكة لقوم أرادوا البناء فيها وتشاجروا
فى مقدار مايتركونه منها للطريق وبذلك فسره ابن بطة وأبو حفص العكبرى والاصحاب وأنكروا
جواز تضييق الطريق الواسع الى أن يبقى منه سبعة أذرع (ومنها) بناء غير المساجد فى الطرقات
فان كان البناء للوقف على المسجد فهو كبناء المسجد قاله الشيخ تقى الدين بن تيمية وكذا ان كان لمصلحة
عامة كخان مسبل ونحوه وان كان لمنفعة تختص بأحد الناس فالمشهور عدم جوازه لأن الطريق
مشترك فلا يملك أحد اسقاط الحق المشترك منه والاختصاص به ولا يملك الامام الاذن فى ذلك
وفى كتاب الطرقات لابن بطة أن بعض الأصحاب أفتى بجوازه وأخذه من نص أحمد فى بناء
المسجد والفرق واضح لأن بناء المسجد حق الاشتراك فيه باق غير أنه انتقل من استحقاق المرور
إلى استحقاق اللبث للعبادة وكلام أحمد يدل على المنع قال فى رواية ابن القاسم إذا كان الطريق
قد سلكه الناس وصير طريقا فليس لأحد أن يأخذ منها شيئا قليلا ولا كثيرا وقال فى رواية
العباس ابن موسى إذا نضب الماء عن جزيرة لم يبن فيها لأن فيها ضررا وهو أن الماء يرجع قال
القاضى معناه إذا بنى فى طريق المارة فضر بالمارة فى ذلك الطريق فلم يجوزه وكره فى رواية ابن
بختان أن يطحن فى الغروب وقال ربما غرقت السفن وقال فى رواية مثنى اذا كانت فى طريق الناس
فلا يعجبنى والغروب كأنها طاحون يصنع فى النهر الذى تجرى فيه السفن وكره شراء مايطحن
فيها وذكر ابن عقيل فى الغربة فى النهر إن كان وضعها باذن الامام والطريق واسع والجريان معتدل
بحيث يمكن الاحتراز منه جاز والا لم يجز ، ولعل الغربة كالسفينة لا تتأبد بخلاف البنا وحكم
الغراس حكم البناء وقد قال أحمد فى النخلة المغروسة فى المسجد أنها غرست بغير حق فلا
أحب الأكل منها ولو قلعها الامام كان أولى ومن الأصحاب من أطلق فيها الكراهة كصاحب المبهج
وجعل ثمرها لجيران المسجد الفقراء ونص أحمد فى رواية ابن هانئ وابن بختان فى دار السبيل يغرس
فيها كرم قال ان كان يضر بهم فلا وظاهره جوازه مع انتفاء الضرر ولعل الغرس كان لجهة السبيل
أيضا (ومنها) اختصاص آحاد الناس فى الطريق بانتفاع لا يتأبد فمن ذلك الجلوس للبيع والشراء
فقال الأكثرون ان كان الطريق واسعا ولا ضرر فى الجلوس بالمارة جاز باذن الامام وبدون اذنه
والا لم يجز وللامام أن يقطعه من شاء وذكر القاضى فى الأحكام السلطانية فى جوازه بدون اذن
الامام روايتين وحكى فى كتاب الروايتين فى المسئلة روايتين بالجواز والمنع ثم حملهما على اختلاف
حالتين فالجواز اذا لم يضر بالمارة والمنع اذا ضر وجعل حق الجلوس كحق الاستطراق لأنه لا يعطل

حق المرور بالكلية فهو كالقيام لحاجة وأظن ابن بطة حكى قبله روايتين مطلقتين فى الجواز وعدمه وكذلك ذكر صاحب المقنع فى الجلوس فى الطريق الواسع هل يوجب ضمان ما عثر به على روايتين وذلك يدل على الخلاف فى جوازه ، وأما القاضى فقال لا يضمن بالجلوس رواية واحدة. ومن ذلك لو ربط دابته أو أوقفها فى الطريق والمنصوص منعه قال فى رواية أبى الحارث إذا أقام دابته على الطريق فهو ضامن لما جنت ليس له فى الطريق حق ، وكذا نقل عنه أبو طالب وحنبل ضمان جناية الدابة إذا ربطها فى الطريق ، وكذا أطلق ابن أبى موسى وأبو الخطاب من غير تفريق بين حالة التضييق والسعة ومأخذه أن طبع الدابة الجناية بفمها أو رجلها فايقافها فى الطريق كوضع الحجر ونصب السكين فيه . وحكى القاضى فى كتاب الروايتين رواية أخرى بعدم الضمان اذا وقف فى طريق واسع لقول احمد فى رواية احمد بن سعيد اذا وقف على نحو ما يقف الناس او فى موضع يجوز ان يقف فى مثله فنفحت بيد أو رجل فلا شيء عليه قال القاضى ظاهره انه لا ضمان اذا كان واقفا لحاجة وكان الطريق واسعا ، وأما الآمدى فحمل المنع على حالة ضيق الطريق والجواز على حالة سعته والمذهب عنه الجواز مع السعة وعدم الاضرار رواية واحدة ومن المتأخرين من جعل المذهب المنع رواية واحدة وصرح صاحب التلخيص بجريان الخلاف فى صورتى القيام والربط وخالف بعض المتأخرين وقال الربط عدوان بكل حال وربط السفينة وارسائها فى النهر المسلوك . قال ابن عقيل ان كان باذن الامام والطريق واسع والجريان معتدل جاز والا لم يجز وخالف بعض الأصحاب فى اعتبار اذن الامام فى هذا لتكرره قال الميمونى ملت أنا وأبو عبد الله الى الزواريق يعنى فى دجلة فاكترى زورقا من الزواريق فرأيته يتخطى زواريق عدة لأناس ولم أره استاذن احدا منهم قال بعض الأصحاب لأنه حريم دجلة وهو مشترك بين المسلمين فلما ضيقوه جاز المشى عليه وعلى قياس ذلك لو وضع فى المسجد سرير ونحوه جازت الصلاة عليه من غير استئذان بخلاف ما اذا بسط فيه مصلى وقلنا لا يثبت به السبق فانه يرفع ويصلى موضعه ولا يصلى عليه لان رفعه لا مشقة فيه . ومن ذلك الانتفاع بالطريق بالقاء الكناسة والأقذار فان كان نجاسة فهو كالتخلى فى الطريق وهو منهى عنه لكن هل هو نهى كراهة أو نهى تحريم كلام الاصحاب مختلف فى ذلك وان كان مما يحصل به الزلق كرش الماء وصبه والقاء قشور البطيخ أو يحصل به العثور كالحجر فلا يجوز والضمان واجب به وقد نص عليه أحمد فى رش الماء قال فى الترغيب إلا أن يرشه ليسكن به الغبار فهو مصلحة عامة فيصير كحفر البئر السابلة وفيه روايتان (ومنها) الحفر فى الطريق وهو ممنوع سواء تركه ظاهراً أو غطاه واسقف عليه قال المروذى سألت أبا عبد الله عن الرجل يحفر فى فنائه البئر أو المخرج المغلق

قال لا هذا طريق للمسلمين قلت انما هى بئر تحفر ويسد رأسها قال أليس فى طريق المسلمين اكره هذا كله فمنع من التصرف فى باطن الطريق بالحفر ونقل عنه ابن هانىء وابن بختان والفضل بن زياد فى رجل فى داره شجرة فنبت من عروقها شجرة فى دار رجل آخر لمن هذه الشجرة قال ما أدرى ماهذا وربما كان ضررا على صاحب الأرض قال القاضى وظاهر هذا أنه اذا لم يكن فيها ضرر وهو أن تكون عروقها تحت الأرض لا يؤخذ بقلعها لأن الضرر انما يكون بظهورها على وجه الارض انتهى وفيه نظر وصرح ابن عقيل فى الواضح فى أصول الفقه بوجوب ازالة عروق شجرته من أرض غيره (ومنها) اشراع الاجنحة والساباطات والخشب والحجارة فى الجدار الى الطريق فلا يجوز ويضمن به نص عليه أحمد فى رواية أبى طالب وابن منصور ومهنا وغيرهم ولم يعتبر اذن الامام فى ذلك وكذلك ذكر القاضى فى المجرد وصاحب المغنى وقال القاضى فى خلافه والأكثرون يجوز باذن الامام مع انتفاء الضرر به وفى شرح الهداية للشيخ مجد الدين فى كتاب الصلاة ان كان لا يضر بالمارة جاز وهل يفتقر الى اذن الامام على روايتين احداهما يفتقر لانه ملك مشترك بين المسلمين فلا يجوز تخصيصه بجهة خاصة الا للامام . والثانية لا يفتقر لأن منفعة الطريق المرور وهو لا يختل بذلك وأما المازيب ومسيل المياه فكذلك عند الأصحاب قال المروذى سقف لابى عبد الله سطح الحاكة وجعل مسيل المياه الى الطريق وبات تلك الليلة فلما اصبح قال ادع لى النجار يحول الميزاب الى الدار فدعوته له فحوله وهذا لا يدل على التحريم لأنه لو اعتقده محرماً لم يفعله ابتداء وانما حوله تورعا لحصول الشبهة فيه وفى المغنى احتمال بجواز مطلقاً مع انتفاء الضرر واختاره طائفة من المتأخرين وقال الشيخ تقى الدين اخراج الميازيب الى الدرب النافذ هو السنة وذكر حديث العباس فى ذلك والمانعون يقولون ميزاب العباس وضعه النبى صلى الله عليه وسلم بيده فكان أبلغ من اذنه فيه ولا كلام فيما اذن فيه الامام

﴿ القاعدة التاسعة والثمانون ﴾

أسباب الضمان ثلاثة عقد ويد واتلاف أما عقود الضمان فقد سبق ذكرها وكذلك سبق ذكر الأيدى الضامنة وأما الاتلاف فالمراد به أن يباشر الاتلاف بسبب يقتضيه كالقتل والاحراق أو ينصب سببا عدوانا فيحصل به الاتلاف بان يحفر بئرا فى غير ملكه عدوانا أو يؤجج نارا فى يوم ريح عاصف فيتعدى الى اتلاف مال الغير أو كان الماء محتبساً بشىء وعادته الانطلاق فيزيل احتباسه وسواء كان له اختيار فى انطلاقه أو لم يكن فدخل تحت ذلك ما اذا حل وكاء زق مائع فاندفق

أو فتح قفصاً عن طائر فطار أو حل عبداً آبقاً فهرب هذا هو الذى ذكره ابن حامد و القاضى و الاكثرون لانه تسبب الى الاتلاف بما يقتضيه عادة واستثنى ابن عقيل فى فنونه ما كان من الطيور يألف البروج ويعتاد العود فقال لاضمان فى اطلاقه وان لم يعد لأن العادة جارية بعوده فليس إطلاقه اتلافاً وقال أيضاً فى الفنون الصحيح التفرقة بين ما يحال الضمان على فعله كالآدمى وما لا يحال عليه الضمان كالحيوانات والجمادات فاذا حل قيد العبد لم يضمن لأن العبد له اختيار ويصح إحالة الضمان عليه فيقطع مباشرته للتلف بسبب مطاقه وهذا الذى قاله انما يصح لو كان العبد من أهل الضمان لسيده فاما اذا لم يكن من أهل الضمان للسيد تعين احالة الضمان على المتسبب ولهذا قال الاصحاب ان جناية العبد المغصوب على سيده مضمونة على الغاصب حيث لم يكن العبد من أهل الضمان للسيد فأحيل على الغاصب لتعديه بوضع يده عليه مع أنه ليس سبباً للجناية ولكن خرج ابن الزاغونى فى الاقناع وجها آخر أنه لا ضمان على الغاصب لأن الجناية من أصلها غير قابلة للتضمين لتعلقها بالرقبة المملوكة للمجنى عليه فلا يلزم الغاصب شيء منها ولا يلزم مثله فى مطلق العبد لانه متسبب الى الاتلاف فاذا لم يمكن إحالة الضمان على المباشر احيل على المتسبب صيانة للجناية على مال المعصوم عن الاهدار مهما أمكن وخرج الآمدى وجها آخر أن جناية العبد على سيده مضمونة عليه فى ذمته يتبع بها بعد عتقه . وههنا فرع متردد فيه بين ضمان اليد وضمان الاتلاف وهو ما إذا حفر بئراً عدواناً أو نصب شبكة او منجلا للصيد ثم مات ثم وقع فى البئر حيوان مضمون أو عثر بآلات الصيد حيوان مضمون فان جعلناه من باب الاتلاف ضمن من التركة وبه صرح فى المجرد وابن عقيل فى الفصول فى باب الرهن حتى قالا لو بيعت التركة لفسخ فى قدر الضمان منها لسبق سببه ولو كانت التركة عبداً فأعتقه الورثة قبل الوقوع ضمنوا قيمة العبد كالمرهون صرح به القاضى فى الخلاف وان جعلناه من ضمان اليد فهل يجعل كيد المشاهدة بعد الموت أو يجعل اليد لمن انتقل الملك اليه يحتمل على وجهين أصلهما اختلاف الاصحاب فيما لو نصب شبكة فوقع فيها صيد بعد موته هل هو تركة موروثة جعلا لها كيد المشاهدة أو هو ملك للورثة لانها صارت كأيديهم ؛ والذى صرح به القاضى وابن عقيل أنه تركة موروثة وقال ابو الخطاب فى الانتصار بل هو ملك للورثة بانتقال ملك الشبكة اليه كما يتولد من النتاج الموروث ويثمر من الشجر وأما فى العدوان المجرد فيحتمل أن ينقطع حكمه بموته ويحتمل أن يكون ضمانه من تركة المتعدى لانعقاد سببه فى حياته ويشبه ذلك الخلاف فيمن مال حائطه فطولب بنقضه فباعه ثم سقط هل يسقط عنه الضمان فيه وجهان سبق ذكرهما وهل يجب الضمان على من انتقل الملك اليه إذا استدامه أم لا ؛ الأظهر وجوبه عليه كمن اشترى حائطا مائلا فانه يقوم مقام البائع فيه

فاذا طولب بازالته فلم يفعل ضمن على رواية ولو حفر عبده بئراً عدوانا بغير إذنه ثم أعتقه ثم تلف بها مال أو غيره ففى المغنى الضمان على العبد لاستقلاله بالجناية وفى التلخيص هو على السيد بقدر قيمة العبد فما دون لثبوته عليه قبل العتق بذلك فقد وجد السبب فى ملكه فلا ينتقل وهو بعيد

تنبيه ـ لو أتلف الغاصب المغصوب ضمنه ضمان إتلاف ويد وقدنص احمد على أن من أمسك صيداً فى الحرم ثم كفرعنه ثم ذبحه انه يجزيه وهذا يدل على أنه جعله ضمان يد وإلا لماجاز تقديم كفارة الاتلاف عليه ويدل أيضا على جواز تقديم الكفارة وان كان موجبها معصية وفيه وجه بالمنع ذكره القاضى فى تعليقه لأن التقديم رخصة فلا تستباح بمحرم

﴿ القاعدة التسعون ﴾

الأيدى المستولية على مال الغير بغير إذنه ثلاثة يد يمكن أن يثبت باستيلائها الملك فينتفى الضمان عما يستولى عليه سواء حصل الملك به أو لم يحصل ويد لا يثبت لها الملك وينتفى عنها الضمان. ويد لا يثبت لها الملك ويثبت عليها الضمان أما الاولى فيدخل فيها صور :

(منها) استيلاء المسلمين على أموال أهل الحرب (ومنها) استيلاء أهل الحرب على أموال المسلمين لأنهم يملكون علينا بالاستيلاء وهو المشهور عند الاصحاب وينتفى الضمان عنهم فيما لم يملكوه أيضا مماثبتت عليه الأيدى كأم الولد ومالم يحوزوه إلى دارهم وما شرد اليهم من دواب المسلمين وارقائهم (١) على قولنا أنهم لايملكون ذلك أيضاً (ومنها) استيلاء الأب على مال الابن فان كان استيلاء يحصل به الملك فلا إشكال فى انتفاء الضمان وان كان على غير وجهه وجه التملك فلا يثبت به الضمان ولو أتلفه على أصح الوجهين وهو المذهب عند صاحب المحرر . وأما اليد الثانية فيدخل فيها صور :

(منها) من له ولاية شرعية بالقبض (ومنها) من قبض المال لحفظه على المالك فانه لايضمنه وقد نص احمد فيمن أخذ آبقا ليرده الى سيده فهرب منه أنه لا ضمان عليه لكن أخذ الآبق فيه اذن شرعى وفى التلخيص وجه آخر بالضمان فى المستنقذ من الغاصب للرد لعدم الولاية وهو ضعيف ولو كان القابض حاكما فهو أولى بنفى الضمان لعموم ولايته وفى التلخيص فيما اذا حمل المغصوب اليه ليدفعه الى مالكه فهل يلزمه قبوله على وجهين وصحح اللزوم وهو تفريق بين الحاكم وغيره وفى المجرد والفصول والمغنى ليس للحاكم انتزاع مال الغائب المغصوب الا ان يكون له ولاية عليه

---

(١) فى نسختنا وارقابهم والتصحيح عن ٧١١

بوجه مامثل أن يجده فى تركة ميت ووارثه غائب فله الأخذلأن له ولاية على تركة الميت بتنفيذ وصاياه وقضاء ديونه أو يجدها فى يد سارق فيقطعه و تنزع منه العين تبعاً لولاية القطع والمسئلة مذكورة فى مسئلة وجوب القصاص للغائب(١) ومسئلة قطع السارق لمال الغائب (ومنها) الطائفة الممتنعة عن حكم الامام كالبغاة لا يضمن الامام وطائفته ما أتلفوه عليهم حال الحرب وفى تضمينهم ما أتلفوه على الامام فى تلك الحال روايتان أصحها نفى الضمان الحاقالهم بأهل الحرب. وأما أهل الردة اذا لحقوا بدار الحرب أوا جتمعوا بدار منفردين ولهم منعة ففى تضمينهم روايتان واختار أبو بكر عدم التضمين الحاقا لهم باهل دار الحرب. وأما اليد الثالثة فهى اليد العارية التى يترتب عليها الضمان

﴿ القاعدة الحادية والتسعون ﴾

يضمن بالعقد وباليد الاموال المحضة المنقولة اذاوجد فيها النقل. فاما غير المنقول فالمشهور عند الاصحاب أنه يضمن بالعقد و باليد أيضا كما يضمن فى عقود التمليكات بالاتفاق ونقل ابن منصور عن احمد أن العقار لا يضمن بمجرد اليد فى الغصب من غير اتلاف و كذلك قال أبو جعفر (٢) العكبرى فى العارية فيما قرأته بخط القاضى وأما المنقول فان حصل نقله ترتب عليه ضمان اليد والعقد وان لم يوجد النقل فهل يضمن بالعقد فيه كلام سبق فى أحكام القبوض وأما اليد المجردة فقال القاضى فى خلافه لا يتوقف الضمان بها على النقل أيضا كالعقد وكما يصير المودع ضامنا بمجرد جحود الوديعة من غير نقل ولا ازالة يد ورتب على ذلك أنه لو باع الغاصب العين المغصوبة وخلى بينه وبين المشترى فتلفت قبل النقل ثم جاء المالك ان له ان يضمن المشترى قال وان سلمناه تعين منع تضمينه فلأنه لم يحصل كمال الاستيلاء وهو النقل فيما يمكن نقله وانما تردد فى هذا لأنه فرع متردد بين الضمان بالعقد و باليد وفى التلخيص اثبات اليد [وجزم ابن عقيل فى نظرياته بان المشترى هاهنا لايضمنه ضمان غصب وان كان يضمنه فى البيع الصحيح ضمان عقد بمجرد التخلية وقاسه على العقار فان البائع اذا خلى بينه وبين المشترى صار من ضمانه بالعقد ولو ظهر له مستحق لم يضمنه بذلك ضمان غصب فيما يقبل النقل] (٣) الا فى الدابة فان ركوبها كاف و كذلك الجلوس على الفرش لأنه غاية الاستيلاء وصرح القاضى فى خلافه بمثل ذلك فى الدابة وأما غير الاموال

(١) فى ٧١١ : للغاصب (٢) فى ٧١١ : أبو حفص

(٣) مابين المربعين أضيف عن نسخة ٧١١ وفى نسختنا فيما ينتقل بالنقل

المحضة فنوعان : أحدهما ما فيه شائبة الحرية لثبوت بعض أحكامها دون حقيقتها كأم الولد والمكاتب والمدبر فيضمن باليد على ماذكره القاضي والاصحاب وكذلك يضمن بالعقد الفاسدفي قياس المذهب قاله أبو البركات فى تعليقه على الهداية والثاني الحر المحض هل تثبت عليه اليدفيترتب عليه الضمان أم لا المعروف من المذهب أن الحر لا تثبت عليه اليدفلا يضمن بهابحال ولو كان تابعاً لمن تثبت عليه اليد كمن غصب أمة حاملا بحرذكره القاضي فى خلافه بما يشعر أنه محل وفاق وحكى القاضي فى خلافه أيضاو تابعه صاحب المحرر فى ثبوت اليد على الحر الصغير وضمانه بالتلف تحتها روايتين منصوصتين لشبهه بالعبد حيث يتمكن من دعوى نسبه مع جهالته ودعوى رقه وقال القاضي فى مواضع متعددة من خلافه تثبت اليد على الحر الكبير بالعقد دون اليد وبنى على ذلك أن الأجير الخاص اذا سلم نفسه الى مستأجره فلم يستعمله استقرت له الأجرة لتلف منافعه تحت يده . وكذلك يجب المهر بالخلوة فى النكاح الفاسد عندنا لدخول المنفعة تحت اليد بالتمكن من الاستيفاء وكذلك لو تداعا اثنان زوجية امرأة وأقاما البينة وهى فى يد أحدهما فهى له ترجيحا باليد كذا ذكره القاضي وانما يتوجه على قولنا بتقدم بينة الداخل وحكى صاحب التلخيص وجها بثبوت اليد على منافع الحر دون ذاته ورتب عليه صحة اجارة المستأجر للأجير الخاص وجزم الأزجي فى النهاية بصحته وبنى عليه جواز صحة اجارة الكافر للمسلم المستاجر معه وذكر احتمالين وبنى صاحب التلخيص ايضا على ذلك غصب الحر وحبسه عن العمل فان فى ضمان أجرته وجهين

تنبيـــه ـ من الاصحاب من قال منفعة البضع لاتدخل تحت اليد وبه جزم القاضي فى خلافه وابن عقيل فى تذكرته وغيرهما وفرعوا عليه صحة تزويج الامة المغصوبة وان الغاصب لايضمن مهرها ولوحبسها عن النكاح حتى فات بالكبر . وخالف ابن المنى وجزم فى تعليقه بضمان مهر الامة بتفويت النكاح وذكر فى الحرة ترددا لامتناع ثبوت اليد عليها وقد يتفرع على ذلك أن الامة الموطوءة بغير إذن المالك لو حملت ثم تلفت بالولادة ضمنها الواطئ بخلاف الحرة اذا زنى بها كرها فحملت ثم ماتت من الطلق قال فى التلخيص لأن الاستيلاء كانه اثبات يد وهلاك تحت اليد المستولية على الرحم والحرة لاتدخل تحت اليد ومجرد السبب ضعيف وفى المغنى يضمنها مطلقا لحصول التسبب فى التلف

﴿القاعدة الثانية والتسعون﴾

هل تثبت يد الضمان مع ثبوت يد المالك أم لا ؟ فى المسألة خلاف وقد قال أحمد فى رواية ابن

الحكم فيمن أسره أهل الحرب ومعه جاريته أنها ملكه مع أن مذهبه المشهور عنه أن الكفار يملكون أموال المسلمين بالاستيلاء، والأظهر أنه ان زال انتفاع المالك وسلطانه ثبت الضمان والا فلا، ويتفرع على ذلك مسائل :

(منها) لو غصب دابة عليها مالكها ومتاعه ففى الخلاف الكبير لا يضمن ، وكذلك قال الأصحاب لو استولى على حر كبير لم يضمن ثيابه لانها فى يد المالك ولو كان الحر صغيرا وقلنا لا تثبت اليد عليه ففى ثيابه وجهان نظرا الى [أن] يده لا قوة لها على المنع وهذا يشهد لاعتبار بقاء الامتناع فى انتفاء الضمان (ومنها) لو استأجر دابة الى مسافة فزاد عليها أو لحمل شيء فزاد عليه وهى فى يد المؤجر فتلفت قال فى المجرد يضمن لتعديه بالزيادة وسكوت المالك لا يمنع الضمان كمن خرق ثوبه وهو لا يمنع وفى التلخيص لا يضمن اذا تلفت بفعل الله تعالى وان تلفت بالحمل ففى تكميل الضمان عليه وتنصيفه وجهان، ويتوجه التفريق بين أن يكون قادرا على الامتناع أو لا يكون كذلك فيجب الضمان مع عدم القدرة كمن غصب دابة وأكره المالك على أن يحمل له عليها متاعه فان هذا زيادة عدوان فلا يسقط به الضمان (ومنها) الأجير المشترك اذا جنت يده على العين المستأجرة على العمل فيها ويد صاحبها ثابتة عليها فلا ضمان قاله القاضى فى المجرد . قال لأنه ليس بأكثر من الغاصب والغاصب لا يضمن مادام يد صاحبه ثابتة عليه انتهى . ومراده بثبوت يد صاحبه ثبوت سلطته وتصرفه ولهذا لو اعاد الغاصب المغصوب الى يد المالك على وجه لا يعود تصرفه اليه مثل إن رهنه عبده أو استأجره للعمل فيه لم يبرأ بذلك على الصحيح الا أن يعلم أنه ملكه (ومنها) لو دخل دار انسان بغير إذنه أو جلس على بساطه بغير اذنه والمالك جالس فى الدار أو على البساط ففى الخلاف الكبير لا ضمان وعلل بانتفاء الحيلولة ورفع اليد. وكذلك قال فيمن ركب دابة غيره ان حال بينه وبينها ورفع يده عنها ضمن وهذا يرجع الى اشتراط الحيلولة والقهر للضمان وفى التلخيص لو دخل دار المالك وهو فيها قاصدا للغصب فهو غاصب للنصف لاجتماع يدهما واستيلائهما بشرط قوة الداخل وتمكنه من القهر وان كان المالك غائبا فالدخول غصب بكل حال لحصول الاستيلاء به وذكر بعض أصحابنا فى خلافه أن الجالس على بساط غيره بغير اذنه يكون ضامنا لما جلس عليه منه والداخل إن دخل بنية الغصب صار غاصباً (ومنها) لو أردف المالك خلفه على الدابة فتلفت فهل يضمن الرديف نصف القيمة لكونه مستعيرا أم لا لثبوت يد المالك عليها ذكر فى التلخيص احتمالين وصحح الثانى

تنبيه — لو كانت العين ملكا لاثنين فرفع الغاصب يد أحدهما ووضع يده موضع يده وأقر الآخر على حاله فهل يكون غاصبا لنصيب رفع يده خاصة أم هو غاصب لنصف العين من الشريكين مشاعا

قال القاضى وابن عقيل هو غاصب لنصف من رفع يده فقط ورجحه الشيخ تقى الدين مستدلا بأن الأعمال بالنيات ، فعلى هذا لو استعمل الغاصب والشريك الملك وانتفعا به لم يلزم هذا الشريك لشريكه المخرج شئ فلو باعا العين صح فى نصيب الشريك البائع كله وبطل فى النصف الذى باعه الغاصب والمنصوص عن أحمد يدل على خلاف لأنه نص فى رواية حرب على أن من غصب من قوم ضيعة ثم رد إلى أحدهم نصيبه مشاعا لم يطب للمردود عليه الانفراد بما رد عليه وهو يشبه أصله المنصوص عنه فى منع اجارة المشاع من غير الشريك لتعذر تسليمه بانفراده فعلى هذا ليس للشريك الذى لم يرفع يده التصرف الا فى الربع خاصة والربع الآخر حق لشريكه المغصوب منه ولم يجتمع هنا يد الغاصب مع يد المالك فى شئ

﴿القاعدة الثالثة والتسعون﴾

من قبض مغصوبا من غاصبه ولم يعلم أنه مغصوب فالمشهور عن الأصحاب أنه بمنزلة الغاصب فى جواز تضمينه ما كان الغاصب يضمنه من عين ومنفعة ثم ان كان القابض قد دخل على ضمان عين أو منفعة استقر ضمانها عليه ولم يرجع على الغاصب وان ضمنه المالك مالم يدخل على ضمانه ولم يكن حصل له بما ضمنه نفع رجع به على الغاصب وان كان حصل له به نفع فهل يستقر ضمانه عليه أم يرجع على الغاصب على روايتين هذا ماذكره القاضى والأكثرون وفى بعضه خلاف نشير اليه فى موضعه إن شاء الله تعالى، وهذه الأيدى القابضة من الغاصب مع عدم العلم بالحال عشرة (الأولى) الغاصبة يتعلق بها الضمان كأصلها ويستقر عليها مع التلف تحتها ولا يطالب بما زاد على مدتها (الثانية) الآخذة لمصلحة الدافع كالاستيداع والوكالة بغير جعل فالمشهور أن للمالك تضمينها ثم يرجع بما ضمن على الغاصب لتغريره وفيه وجه آخر باستقرار الضمان عليها لتلف المال تحتها من غير إذن صرح به القاضى فى المجرد فى باب المضاربة وسيأتى أصله ويتخرج فيه وجه آخر أنه لا يجوز تضمينها بحال من الوجه المحكى كذلك فى المرتهن ونحوه وأولى وخرجه الشيخ تقى الدين من مودع المودع حيث لا يجوز له الايداع فان الضمان على الأول وحده كذلك قال القاضى فى المجرد وابن عقيل فى الفصول وذكر أنه ظاهر كلام أحمد ومن الاصحاب من منع ظهوره وعلى تقدير أنه كذلك فرقوا بين مودع المودع ومودع الغاصب فان الموجب للضمان فى الاول القبض وهو سبب واحد فلا يجب به الضمان من جهتين بخلاف مودع الغاصب فان قبضه صالح لتضمينه حيث كان الضمان مستقرا على الغاصب قبله وبان الضمان يترتب على القبض فهو متأخر عنه والقبض

من يد أمينه ولا عدوان فيه لعدم العلم فاختص الضمان بالمتعدى بخلاف مودع الغاصب لقبضه من يد ضامنه قبل القبض واعلم أن ماذكره الأصحاب فى الوكالة والرهن أن الوكيل والأمين فى الرهن إذا باعا وقبضا الثمن ثم بان المبيع مستحقا لم يلزمهما شيء لا تناقض هذه المسئلة كما يتوهمه من قصر فهمه لأن مراد الأصحاب بقولهم لم يلزم الوكيل شيء انه لا يطالبه المشترى بالثمن الذى أقبضه إياه لأن حقوق العقد يتعلق بالموكل دون الوكيل. اما أن الوكيل لا يطالبه المستحق للعين بالضمان فهذا لم يتعرضوا له ههنا البتة. وهو بمعزل من مسئلتهم بالكلية (الثالثة) القابضة لمصلحتها ومصلحة الدافع كالشريك والمضارب والوكيل بجعل والمرتهن، فالمشهور جواز تضمينها أيضاً وترجع بماضمنت لدخولها على الأمانة وذكر القاضى فى المجرد وابن عقيل وصاحب المغنى فى الرهن احتمالين آخرين أحدهما: أنه يستقر الضمان على القابض لتلف مال الغير تحت يده التى لم يؤذن له فى القبض فهى كالعاملة بالحال وحكوا هذا الوجه فى المضارب أيضاً والثانى لا يجوز تضمينها بحال لدخولها على الأمانة وينبغى أن يكون هو المذهب وانه لا يجوز تضمين القابض مالم يدخل على ضمانه فى جميع هذه الاقسام فان المنصوص عن احمد فيمن اشترى أرضاً فغرس فيها ثم ظهرت مستحقة انه لا يملك المستحق قلعه الا مع ضمان نقصه كالغراس المحترم الصادر عن اذن المالك فجعل المغرور كالمأذون له فلا يضمن ابتداء مالم يلزم ضمانه. وكذلك نقل حرب وغيره عن احمد فى المغرور فى النكاح أن فداء ولده على من غيره ولم يجعل على الزوج مطالبة. وقريب من ذلك ما نقل عنه مهنا فيمن بعث رجلا إلى رجل له عنده مال فقال له خذ منه ديناراً فاخذ منه أكثر أن الضمان على المرسل لتغريره ويرجع هو على الرسول وحكى القاضى وغيره فى المضاربة وجها آخر أن الضمان فى هذه الأمانات يستقر على من ضمن منهما فايهما ضمن لم يرجع على الآخر (الرابعة) القابضة لمصلحتها خاصة اما باستيفاء العين كالقرض أو باستيفاء المنفعة كالعارية فهى داخلة فى الضمان فى العين دون المنفعة فاذا ضمنت العين والمنفعة رجعت على الغاصب بضمان المنفعة لأن ضمانها كان بتغريره وفى المذهب رواية ثانية لا يرجع بضمان المنفعة اذا تلفت بالاستيفاء ويستقر الضمان عليها فى مقابلة الانتفاع لاستيفائها بدله كيلا يجتمع لها العوض والمعوض وأصل الروايتين الروايتان فى رجوع المغرور بالمهر على من غره وان ضمن الغاصب المنفعة ابتداء ففيه طريقان أحدهما البناء على الروايتين فان قلنا لا يرجع القابض عليه اذا ضمن ابتداء رجع الغاصب هنا عليه وإلا فلا وهى طريقة أبى الخطاب ومن اتبعه والقاضي وابن عقيل فى موضع والثانى أنه لا يرجع الغاصب على القابض قولا واحداً قاله القاضي

وابن عقيل فى موضع آخر. وأما العين فلا يرجع بضمانها حيث دخلت على ضمانها وعلى الاحتمال الاول فى القسم الذى قبله يستقر ههنا عليها ضمان العين والمنفعة سواء تلفت المنفعة باستيفاء أو أو بتفويت وعلى الاحتمال الآخر وهو أنه لا يجوز تضمينها بالكلية فلا تطالب هذه بضمان مالم يلتزم ضمانه ابتداء ويستقر عليها ضمان ما دخلت على ضمانه مادخلت على ضمانه ويتخرج لنا وجه آخر انه لا يستقر عليها ضمان شىء وسنذكر أصله فى القسم الذى بعده (الخامسة) القابضة تملكا بعوض مسمى عن العين بالبيع فهى داخلة على ضمان العين دون المنفعة فاذا ضمنت قيمة العين والمنفعه لم يرجع بما ضمنت من قيمة العين كدخولها على ضمانها ولكن يسترد الثمن من الغاصب لأنه لم يملكه لانتفاء صحة العقد وسواء كانت القيمة التى ضمنت المالك وفق الثمن أو دونه أو فوقه على ما اقتضاه كلام الاصحاب ههنا وفى البيع الفاسد وفى ضمان المغرور المهر. وفى التلخيص احتمال ان كانت القيمة أزيد رجعت بالزيادة على الغاصب حيث لم يدخل على الضمان باكثر من الثمن المسمى وبه جزم ابن المنى فى خلافه وقد سبق فى قاعدة ضمان العقود الفاسدة بالمسمى أو بعوض المثل ما يشبه هذا ولو طالب المالك الغاصب بالثمن كله إذا كان أزيد من القيمة فقياس المذهب أن له ذلك كما نص عليه احمد فى المتجر بالوديعة بغير إذن أن الربح للمالك ثم من الاصحاب من بينه على القول بوقف العقود على الاجازة وهى طريقة القاضى فى خلافه وابن عقيل، ومنهم من يطلق ذلك وكذا فى المضارب اذا خالف وعنه رواية أخرى يتصدق بالربح لانه ربح مالم يضمن وهل للمضارب أجرة المثل على روايتين وطردهما أبو الفتح الحلوانى فى الكفاية فى الغاصب وحكى صاحب المغنى فى باب الرهن رواية أخرى باستقرار الضمان على الغاصب فى البيع فلا يرجع على المشترى بشىء مما ضمنه وحكاه فى الكافى فى باب المضاربة وجها وصرح القاضى بمثل ذلك فى خلافه فى مسئلة رجوع المغرور بالمهر. وهو عندى قياس المذهب حيث قلنا فى احدى الروايتين برجوع المغرور بنكاح الأمة على من غره مع استيفائه منفعة البضع واستهلاكها ودخوله على ضمانها، ولهذا طرد محققوا الأصحاب هذا الخلاف فيما اذا زوجها الغاصب ووطئها الزوج هل يرجع بالمهر على الغاصب سواء ضمنه المالك المهر أو لم يضمنه وأيضاً فان المنصوص عن أحمد أن البائع اذا دلس العيب ثم تلف عند المشترى فله الرجوع بالثمن وكذلك لو نقص أو تعيب وهو موجود فانه يرده بغير شىء ويأخذ الثمن الا ان يكون حصل له انتفاع بما نقصه فانه يرد عوضه على أحد الوجهين الحاقا له بلبن المصراة مع أنه قد دخل على ضمان العين بالمسمى ولكن سقط عنه كتدليس البائع العيب وهو لا يمنع صحة العقد على الصحيح من المذهب فلانه لا يستقر الضمان على المشترى من الغاصب مع تدليس

الغاصب عليه وعدم صحة العقد أولى وأما المنافع اذا ضمنها المالك للمشترى بناء على أن المنافع المغصوب مضمونة وهو المذهب فيرجع بذلك على الغاصب لدخوله على استيفائها فى ملكه بغير عوض وسواء انتفع بها أو تلفت تحت يده وعن احمد رواية أخرى لا يرجع بما انتفع به لاستيفائه عوضه كما تقدم وهى اختيار أبى بكر وابن أبى موسى وحكم الثمرة والولد الحادث من المبيع حكم المنافع اذا ضمنها رجع ببدلها على الغاصب وكذلك الكسب صرح به القاضى فى خلافه الا ان يكون انتفع بشىء من ذلك فيخرج على الروايتين وقد أشار احمد الى هذا فى رواية ابن منصور فيمن باع ماشية أو شاة فولدت او نخلا لها ثمرة فوجد بها عيبا أو استحق أخذ منه قيمة الثمرة وقيمة الولد ان كان احدث فيهم شيئا او بأن باع أو استهلك فان كان مات أو ذهب به الريح فليس عليه شىء فاوجب عليه ضمان ما انتفع به من الثمرة والنتاج دون ما أتلف فى يده بغير فعله ولم يذكر رجوعا على الغاصب وظاهر كلامه ان ما تلف فى يده من النماء فليس للمالك تضمينه ابتداء لأنه لم يدخل على ضمانه ولم ينتفع به وهذا يقوى التخريج المذكور فى القسم الذى قبله وكذلك ظاهر كلام ابن أبى موسى لا يضمن المشترى الا ما يستقر عليه ضمانه سواء دخل على ضمانه او لم يدخل عليه لكن انتفع به كالخدمة ومهر المشتراة وأما قيمة الأولاد فلا يرجع بها عنده لان نفعها لغيره لا له وأوجب على الغاصب قيمة غرس المشترى غير مقلوع اذا قلعه المالك ومراده ما نقص بقلعه وإنما أجاز للمالك قلع الغراس من غير ضمان نقصه لأن ذلك ليس من باب تضمين الغاصب بل هو من باب امتناع المالك من الضمان له فان تفريغ الارض من الغراس الذى لم يأذن فيه لا بد من تمكينه منه ولا ضمان عليه فيه حيث لم يأذن فيه وانما الضمان على الغار لتعديه كما أن تضمين القابض مالم يلتزم ضمانه ممتنع حيث أمكن تضمين الغاصب لالتزامه للضمان وتعديه فظهر بهذا أن الذى يدل عليه كلام أحمد أن القابض لا يضمن الا ما حصل له به نفع فيضمنه وهل يرجع به على روايتين كرجوع المغرور فى باب النكاح بالمهر.

تنبيه - لو أقر المشترى للبائع بالملك فلا رجوع له عليه ولو أقر بصحة البيع ففى الرجوع احتمالان ذكرهما القاضى، وقد يخرج كذلك فى الاقرار بالملك حيث علم ان مستنده اليد وقد بان عدوانها

(اليد السادسة) القابضة عوضا مستحقا بغير عقد البيع كالصداق وعوض الخلع والعتق والصلح عن دم عمد اذا كان معينا منه او كان القبض وفاء كدين مستقر فى الذمة من ثمن مبيع اوغيره (١) وصداق أو قيمة متلف ونحوه فاذا تلفت هذه الاعيان فى يد من قبضها ثم استحقت فللمستحق الرجوع

(١) فى ٧١١ أو أجرة

على القابض ببدل العين والمنفعة على ماتقرر، ويتخرج وجها آخرأن لامطالبة له عليه وهو ظاهر كلام ابن ابى موسى فى الصداق والباقى مثله على القول بالتضمين فيرجع على الغاصب بما غرم من قيمة المنافع لتغريره الا بما انتفع به فانه مخرج على الروايتين . واما قيم الاعيان فمقتضى ماذكره القاضى ومن اتبعه انه لايرجع بها لانه دخل على انها مضمونة عليه بحقه وسواء كانت القيمة المضمونة وفق حقه او دونه او أزيد منه الا على الوجه المذكور فى البيع بالرجوع بفضل القيمة ثم ان كان القبض وفاء عن دين ثابت فى الذمة فهو باق بحاله وان كان عوضا متعينا فى العقد لم ينفسخ العقد ههنا باستحقاقه فيه ولو قلنا ان النكاح على المغصوب لايصح لان القول بانتفاء الصحة مختص بحالة العلم كذالك ذكره ابن ابى موسى ويرجع على الزوج بقيمة المستحق فى المنصوص وهو قول القاضى فى خلافه . وقال فى المجرد ويجب مهر المثل واما عوض الخلع والعتق والصلح عن دم العمد ففيها وجهان . احدهما يجب الرجوع فيها بقيمة العوض المستحق وهو المنصوص لان هذه العقود لاتنفسخ باستحقاق اعواضها فيجب قيمة العوض وهو قول القاضى فى اكثر كتبه وجزم به صاحب المحرر . والثانى يجب قيمة المستحق فى الخلع والصلح عن الدم بخلاف العتق فان الواجب فيه قيمة العبد لأن العبد له قيمة فى نفسه فيرجع بقيمته بخلاف البضع والدم فان القيمة لعوضهما لالهما وهو قول القاضى فى البيوع من خلافه ويشبه قول اصحابنا فيما اذا جعل عتق امته صداقها وقلنا لا ينعقد به النكاح فابت ان تتزوجه على ذلك فان عليها قيمة نفسها لاقيمة مهر مثلها وعلى الوجه المخرج فى البيع ان المغرور يرجع بقيمة العين على الغاصب فههنا كذلك. (اليد السابعة) القابضة بمعاوضة عن المنفعة وهى يد المستأجر فقال القاضى والاكثرون اذا ضمنت المنفعة لم يرجع بها ولو زادت اجرة المثل على الأجرة المسماة ففيه مامر من زيادة قيمة العين على الثمن واذا ضمنت قيمة العين رجعت بها على الغاصب لتغريره وفى تعليقة ابى البركات على الهداية ويتخرج لاصحابنا . وجهان أحدهما أن المستأجر لا ضمان عليه بحال لقول الجمهور يضمن العين وهل القرار عليه لنا وجهان احدهما عليه والثانى على الغاصب وهو الذى ذكره القاضى فى خلافه انتهى والوجه الاول منزل على القول بان المغرور لايضمن شيئا ابتداء ولا استقرارا والوجه الآخر فى قرار ضمان العين عليه يتنزل على الوجه المذكور فى استقرار الضمان على المرتهن ونحوه بتلف العين تحت يده: (اليد الثامنة) القابضة للشركة وهى المتصرفة فى المال بما ينميه بجزء من النماء كالشريك والمضارب والمزارع والمساقى ولهم جرة على الغاصب لعملهم له بعوض لم يسلم ، فاما المضارب والمزارع بالعين المغصوبة وشريك العنان فقد دخلوا على ان لاضمان عليهم بحال فاذا ضمنوا على المشهور رجعوا

بما ضمنوا إلا حصتهم من الربح فلا يرجعون بضمانها لدخولهم على ضمانها عليهم بالعمل لذلك ذكره القاضى وابن عقيل فى المساقى والمزارع نظيره ، اما المضارب والشريك فلا ينبغى ان يستقر عليهم ضمان شىء بدون القسمة سواء قلنا ملكوا الربح بالظهور اولا لأن حصتهم وقاية لرأس المال وليس لهم الانفراد بالقسمة فلم يتعين لهم شىء مضمون . وحكى الاصحاب فى المضارب بغير اذن وجها آخر ان لا يرجع بما ضمنه بناء على الوجه المذكور باستقرار الضمان على من تلف المال بيده ويتخرج وجه آخر أن لا يملك المالك تضمينهم بحال لدخولهم على الامانة ، وقد ذكرنا فيما تقدم حكم ضمان الشريك والمضارب للمال وانما اعدناه ههنا لذكر النماء، واما المساقى اذا ظهر الشجر مستحقا بعد تكملة العمل فللعامل أجرة المثل لعمله على الغاصب وأما الثمر اذا تلف فله حالتان احداهما أن يتلف بعد القسمة فللمالك تضمين كل من الغاصب والعامل ماقبضه وله أن يضمن الكل للغاصب فاذا ضمنه الكل رجع على العامل بما قبضه لنفسه لانه أخذ العوض فهو كالمشترى من الغاصب ، وفى المغنى احتمال لايرجع عليه لتغريره فاشبه من قال لغيره كل هذا فانه طعامى ثم بان مستحقا وهو قريب من الوجه السابق باستقرار ضمان المبيع على الغاصب بكل حال وهل للمالك أن يضمن العامل جميع الثمرة ذكر القاضى فيه احتمالين احدهما نعم لأن يده تثبت على الكل مشاهدة بغير حق ثم يرجع العامل على الغاصب بما قبضه من الثمر على المشهور وبالكل على الاحتمال المذكور والثانى لا لأنه لم يكن قابضا على الحقيقة وانما كان مراعيا حافظا ويشهد لهذا ماقاله ابن حامد فيما اذا اختلف المساقى والمالك فى قدر المشروط للعامل من الثمر واقاما بينتين انه تقدم بينة العامل لأنه خارج والمالك هو الداخل لاتصال الثمر بملكه ولو اشترى ثمرة شجر شراء فاسدا وخلى البائع بينه وبينه على شجرة لم يضمنه بذلك لعدم ثبوت يده عليه وذكر بعض اصحابنا انه محل وفاق . الحالة الثانية ان يتلف الثمر قبل القسمة اما على الشجر او بعد جده ففى التلخيص فى مطالبة العامل بالجميع احتمالان وكذا لو تلف بعض الشجر وهو ملتفت الى ان يد العامل هل تثبت على الشجر والثمر الذى عليه أم لا والاظهر أن لا لأن الضمان عندنا لاينتقل فى الثمر المعلق على شجرة بالتخلية الا أن يقال يده هاهنا على الثمر حصلت تبعا لثبوت يده على الشجر فيقال فى ثبوت يده على الشجر [هاهنا] تردد ذكرناه آنفا حتى لو تلف بعض الشجر ففى تضمينه للعامل الاحتمالان صرح به فى التلخيص ايضا ولو اشترى شجرة بثمرها فهل يدخل الثمر فى ضمانها تبعا لشجره قال ابن عقيل فى فنونه لايدخل والمذهب دخوله تبعا لانقطاع علق البائع عنه من السقى وغيره وبكل حال فيتوجه ان يضمن العامل الثمر التالف بعد جداده واستحفاظه بخلاف ماعلى

الشجر (اليد التاسعة) القابضة تملكا لا بعوض اما للعين بمنافعها بالهبة والوقف والصدقة والوصية اوللمنفعة كالموصى له بالمنافع فالمشهور أنها ترجع بما ضمنته بكل حال لانها دخلت على أنها غير ضامنة لشيء فهى مغرورة الاما حصل لها به نفع ففى رجوعها بضمانه الروايتان ويتخرج وجه آخر انها لاتضمن ابتداء مالم يستقر ضمانها عليه وذكر القاضى وابن عقيل رواية انها لاترجع بما ضمنته بحال وهو منزل على القول باستقرار الضمان على من تلف تحت يده وان كان امينا كما سبق ثم اختلف الاصحاب فى محل الروايتين فى الرجوع بما انتفعت به على طرق ثلاثة احداهن ان محلهما اذا لم يقل الغاصب هذا ملكى او ما يدل عليه فان قال ذلك فالمدار عليه بغير خلاف لاعترافه باستقرار الضمان عليه ونفيه عن القابض وهى طريقة المغنى والثانية ان ضمن المالك القابض ابتدا ففى رجوعه على الغاصب الروايتان مطلقا وان ضمن الغاصب ابتداء فان كان القابض قد أقر له بالملكية لم يرجع على القابض رواية واحدة ولو قلنا إن ما ينتفع به يستقر ضمانه عليه لأنه باقراره بالملك معترف بأن المستحق ظالم له بالتغريم فلا يرجع بظلمه على غير ظالمه وهى طريقة القاضى. والثالث الخلاف فى الكل من غير تفصيل وهى طريقة أبى الخطاب وغيره (اليد العاشرة) المتلفة للمال نيابة عن الغاصب كالذبح للحيوان والطابخ له فلا قرار عليها بحال وانما القرار على الغاصب لوقوع الفعل له فهو كالمباشر كذا قاله القاضى وابن عقيل والأصحاب ويتخرج وجه آخر بالقرار عليها فيما تلفته كالمودع اذا تلفت تحت يده وأولى لمباشرتها للاتلاف ويتخرج وجه آخر بلا ضمان عليها بحال من نص أحمد فيمن حفر لرجل فى غير ملكه بئرا فوقع فيها انسان فقال الحافر ظننت أنها فى ملكه فلا شيء عليه وبذلك جزم القاضى وابن عقيل فى كتاب الجنايات مع اشتراك الحافر والآمر فى التسبب وانفراد الحافر بمباشرة السبب وإنما سقط عنه الضمان لعدم علمه بالحال وههنا أولى لاشتراكهما فى ثبوت اليد ولو أتلفته على وجه محرم شرعا عالمة بتحريمه كالقاتلة للعبد المغصوب والمحرقة للمال باذن الغاصب ففى التلخيص يستقر عليها الضمان لأنها عالمة بتحريمه فهى كالعالمة بانه مال الغير ورجح الحارثى دخولها فى قسم المغرور لأنها غير عالمة بالضمان فتغرير الغاصب لها حاصل والله أعلم

﴿ القاعدة الرابعة والتسعون ﴾

قبض مال الغير من يد قابضه بحق بغير إذن مالكه ان كان يجوز له اقباضه فهو أمانة عند الثانى ان كان الأول أمينا والافلا، وان لم يملك اقباضه جائزا فالضمان عليها، ويتخرج وجه آخر ألا يضمن

غير الأول ويندرج تحت ذلك صور :

(منهـــا) مودع المودع فان كان حيث يجوز الايداع فلا ضمان على واحد منهما ، وان كان حيث لا يجوز فالضمان على الأول وفى الثانى وجهان سبق ذكرهما (ومنها) المستأجر من المستأجر فان كان حيث يجوز الايجار بان كان لمن يقوم مقامه فى الانتفاع فلا ضمـان والافلا يثبت(١) الضمان عليها وقراره فى العين على الأول ويتخرج وجه آخر أنه لاضمان على الثانى بحال من المودع (ومنها) مضارب المضارب حيث يجوز له فهو أمين وهل الثانى مضارب للمالك والأول وكيل فى العقد لاشىء له من الربح أوهو مضارب للأول فالربح بينهما ؟ على وجهين جزم به القاضى فى المجرد بالأول ثم اختار الثانى فيما اذا دفعه مضاربة وقلنا لا يجوز له ذلك وحيث منع من دفعه مضاربة فللمالك تضمين أيهما شاء ويرجع الثانى على الأول ان لم يعلم بالحال لدخوله على الأمانة . وفيه وجه آخر لايرجع لحصول التالف تحت يده وقد سبق أصله و يتخرج ان لايضمن الثانى بحال وان علم بالحال فهل هو كالغاصب لاأجرة له أو كالمضارب المتعدى له أجرة المثل يحتمل وجهين قاله صاحب التلخيص وحكاهما صاحب الكافى روايتين من غير تقييد بحالة العلم (ومنها) وكيل الوكيل حيث لايجوز له التوكيل فهو كالمضارب فى الضمان (ومنها) المستعير من المستعير فان قلنا بجوازه فكل منهما ضامن للعين دون المنفعة لدخوله على ذلك على بصيرة فاذا تلفت عند الثانى ضمنه المالك كما لو كان هو المعير له ولم يرجع على الأول لانتفاء التغرير وان قلنا بالمنع وهو المشهور فللمالك مطالبة كل منهما بضمان العين والمنفعة والمدار على الثانى لحصول التالف فى يده ان كان عالما بالحال ومع عدم العلم يستقر عليه ضمان العين دون المنفعة فانه يستقر ضمانها على الأول لتغريره ، كذا قال الأصحاب . ويتخرج وجه آخر انه لايضمن الثانى اذا لم يعلم بالحال (ومنها) المستعير من المستأجر قال فى التلخيص هو أمين على الصحيح لقبضه من يد أمين فلا يكون ضامنا (ومنها) المشترى من الوكيل المخالف مخالفة يفسد بها البيع اذا تلف المبيع فى يده فللموكل تضمين القيمة من شاء منهما من الوكيل والمشترى على المشهور ، ثم إن ضمن الوكيل رجع على المشترى لتلفه فى يده

﴿القاعدة الخامسة والتسعون﴾

من أتلف مال غيره وهو يظن أنه له أو تصرف فيه يظن لنفسه ولاية عليه ثم يتبين خطأ ظنه فان كان مستندا الى سبب ظاهر من غيره ثم تبين خطأ المتسبب أوأقر بتعمده للجناية ضمن المتسبب

(١) كذا فى نسختنا وفى ٧١٢ ولكن الذى ٧١١ والا ثبت الضمان .

وان كان مستنداالى اجتهاد مجرد كمن دفع مالاتحت يده الى من يظن أنهمالكه أو أنه يجب الدفع اليه أو أنه يجوز ذلك أو دفع ماله الذى يجب عليه اخراجه لحق الله الى من يظنه مستحقا ثم تبين الخطاء ففى ضمانه قولان وان تبين أن المستند لايجوز الاعتماد عليه ولم يتبين أن الأمر بخلافه فان تعلق به حكم فنقض فالضمان على المتلف والا فلا ضمان ويندرج تحت هذه الجملةمسائل:

(منـــها) أن يشهد شاهدان بموت زيد فيقسم ماله بين ورثته ثم يتبين بطلان الشهادة بقدومه حيا فنص [أحمد] فى رواية الميمونى أنهما يضمنان المال ولم يتعرض للورثة وظاهر كلامه استقرار الضمان على المشهور أو اختصاصهم به وهو فى الجملة موافق لقوله المشهور عنه فى تقرير الضمان على الغار كما سبق وقال القاضى يحتمل أن يكون أغرم الورثة ورجعوا بذلك على الشهود لتغريرهم ولا ضمان هنا على الحاكم لأنه ملجأ الى الحكم من جهة الشهود ونقل أبو النضر العجلى عن أحمد فى حاكم رجم رجلا بشهادة أربعة بالزنا ثم تبين أنه مجبوب أن الضمان على الحاكم ولعل تضمينههنا لتفريطه اذ المجبوب لايخفى أمره غالبا فتركه الفحص عن حاله تفريط (ومنها) لو حكم الحاكم بمال ثم رجع الشهود وصرحوا بالخطأ أو التعمد بشهادة الزور فان الضمان يختص بهم لاعترافهم ولا ينتقض حكم الحاكم بمجرد ذلك ولا يرجع على المحكوم له بشىء كما لو باع عينا أو وهبها أو أقر بها لرجل ثم أقر بها بعد ذلك لآخر فانه لايقبل اقراره على الاول ويضمن الثانى (ومنها) أن يحكم الحاكم بمال ويستوفى ثم يتبين أن الشهود فساق أو كفار فان حكمه فى الباطن غير نافذ بالاتفاق نقله أبو الخطاب فى انتصاره . وأما فى الظاهر فهو نافذ وهل يجب نقضه ؟ المذهب وجوبه وهو قول الخرقى والقاضى كتبين انتفاء شرط الحكم فلم يصادف محلا ثم يجب ضمان المال على المحكوم له لاتلافه له مباشرة قال القاضى ولو كان المحكوم له معسرا فللمستحق مطالبة الامام بقرار الضمان على المحكوم له ولا شىء على المزكين بحال ولو حكم لآدمى باتلاف نفس أوطرف فطريقان أحدهما هو كالمال لأن المستوفى هو المحكوم له والامام ممكن لا غير وهى طريقة المحرر . والثانى يضمنه الحاكم صرح به القاضى فى المجرد وهو وفق اطلاق الأكثرين لأن المحكوم له لم يقبض شيئا فنسب الفعل الى خطا الامام كما لو كان المستوفى حقالله تعالى عز وجل فانضمانه على الامام وحكى القاضى وغيره رواية أخرى أنه لاينقض الحكم اذا بان الشهود فساقا ويضمن الشهود كما لو رجعوا عن الشهادة وهذا ضعيف جداء ولا أصل لذلك فى كلام أحمد وانما أخذوه من رواية الميمونى فى المسئلة الأولى وتلك لافسق فيها لجواز عقله الشهود وانما ضمنوا لتبين بطلانشهادتهم بالعيان فهو أعظم من الرجوع ولا يمكن بقاء الحكم بعد تبين فساد المحكوم به عيانا ولا يصح الحاق

الفسق فى الضمان بالرجوع لأن الراجعين اعترفوا ببطلان شهادتهم وتسببهم الى انتزاع مال المعصوم وقولهم غير مقبول على نقض الحكم فتعين تغريمهم ، وليس ههنا اعتراف يبنى عليه التغريم فلا وجه له فالصواب الجزم بانه لاضمان على أحد على القول بان الحكم لاينقض كما جزم به فى المحرر (ومنها) اذا وصى الى رجل بتفريق ثلثه ففعل ثم يتبين أن عليه دينا مستغرقا للتركة ففى ضمانه روايتان ولكن هنا لم يتصرف فى ملك الغرماء بل فيما تعلق به حقهم ولكنه تعلق قوى لاسيما ان قلنا لم ينتقل الى الورثة ولهذا قال أحمد فى رواية ابن منصور فى التركة هى للغرماء لا للورثة ولهذا لايملك الورثة التصرف فيها إلا بشرط الضمان، وخرج الشيخ تقى الدين على هذا الخلاف كل من تصرف بولاية فى مال ثم تبين أنه مستحق (ومنها) لو وصى لشخص بشىء فلم يعرف الموصى له فصرفه الوصى أو الحاكم فيمايراه من أبواب البر فان جاء الموصى له وأثبت ذلك فهل يضمن المفرق مافرقه على روايتين : قال ابن أبى موسى أظهرهما لا ضمان عليـــه وقال أبو بكر فى الشافى ان فعله الوصى باذن الحاكم لم يضمن وان فعله بدون اذنه ضمن (ومنها) لواشترى الورثة عبدا من التركة وأعتقوه تنفيذاً لوصية مورثهم بذلك ثم ظهر دين مستغرق فانهم يضمنون للغرماء ذكره القاضى وابن عقيل ويتخرج فيه وجه آخر بانتفاء الضمان من مسئلة الوصى (ومنهـــا) لو اشترى المضارب من يعتق على رب المال بغير اذنه صح وعتق عليه وهل يضمنه العامل فيه ثلاثة أوجه : أحدها يضمن بكل حال سواء كان عالما بالحال أو جاهلا قاله القاضى فى المجرد وأبو الخطاب ، والثانى ان كان جاهلا لم يضمن وان كان عالما ضمن كما لو عامل فاسقا أو مماطلا أو سافر سفراً مخوفا أو دفع الوصى أو أمين الحاكم مال اليتيم مضاربة الى من ظاهره العدالة فبان بخلافه فانه لاضمان فى ذلك كله الا مع العلم وهو قول أبى بكر فى التنبيه والقاضى فى خلافه ، والثالث لا ضمان بكل حال حكاه أبو بكر على الضمان هل يضمنه بالثمن المشترى أو بقيمة المثل ويكون شريكا فى الربح الزائد على وجهين ذكرهما أبو بكر (ومنها) اذا دفع القصار ثوب رجل الى غيره خطأ فتصرف فيه المدفوع اليه بقطع أو لبس يظنه ثوبه فنقل حنبل عن أحمد فى قصار أبدل الثوب فأخذه صاحبه فقطعه وهو لايعلم أنه ثوبه قال على القصار اذا أبدل قيل له فان كان مالا فأنفقه قال ليس هذا مثل المال على الذى أنفقه لأنه مال تلف ففرق بين المال اذا أنفق وتلف وبين الثوب اذا قطع لأن العين هنا موجودة فيمكن الرجوع فيها ويضمن نقصها القصار لجنايته خطأ . وظاهر كلامه أن لاشىء على القاطع لأنه مغرور ولم يدخل على [الضمان] . اما ان دفع اليه دراهم غيره يظنه صاحبها فانفقها فالضمان على المنفق وان كان مغرورا لتلف المال تحت يده بانتفاعه به وذلك مقرر

للضمان مع اليد على (١) احدى الروايتين ، ونقل محمد بن الحكم عن احمد فى هذه المسئلة أنه ذكر له قول مالك لايغرم الذى لبسه ويغرم الغسال لصاحب الثوب فقال لايعجبنى ماقال ولكن إذا هو لم يعلم فلبسه فان عليه ما نقص ليس على القصار شىء فاوجب هنا الضمان على اللابس لاستيفائه المنفعة دون الدافع بأنه لم يتعمد الجناية فكأن إحالة الضمان على المستوفى للنفع أولا وهذه الرواية توافق ما قبلها فى تقرير الضمان على المنتفع لاسيما والدافع هنا معذور وانما ضمن القصار القطع لأنه تلف لم يحدث من انتفاع القابض ، فكان ضمانه على الدافع لنسبته اليه . فالروايتان اذا متفقتان ومن الأصحاب من جعلهما مختلفتين فى أن الضمان هل هو على القصار أو المدفوع اليه ، ثم منهم من حمل رواية ضمان القصار على أنه كان أجيرا مشتركا فيضمن جناية يده ورواية عدم ضمانه على أنه كان أجيرا خاصا فلا يضمن جنايته مالم يتعمدها وأشار القاضى الى ذلك فى المجرد (ومنها) لو دفع الملتقط اللقطة الى واصفها ثم أقام غيره البينة أنها له فان كان الدفع بحكم حاكم فلا ضمان على الدافع وان كان بدونه فوجهان : أحدهما لا ضمان لوجوب الدافع عليه فلا ينسب الى تفريط ، والثانى عليه الضمان وهو قول القاضى ، ثم يرجع به على الواصف الا أن يكون قد أقر له بالملك ، اما لو دفع الوديعة الى من يظنه صاحبها ثم تبين الخطأ فقال الأصحاب يضمن لتفريطه. ويتخرج فيه وجه آخر أن الضمان على المتلف وحده ، وهو ظاهر ما نقله حنبل عن احمد فى مسئلة القصار ولو قتل من يظنه قاتل أبيه لاشتباهه به فى الصورة قتل به لتفريطه فى اجتهاده ذكره ابن عقيل فى مفرداته. ويتخرج فيه وجه آخر أن لا قود وأنه يضمن بالدية كما لو قطع يسار قاطع يمينه ظانا أنها اليمين فانه لاقود وسواء كان الجانى عاقلا أو مجنونا وفى وجوب الدية وجهان (ومنها) لو مضى على المفقود زمن تجوز فيه قسمة ماله فقسم ثم قدم فذكر القاضى أن أبا بكر حكى فى ضمان ماتلف فى أيدى الورثة منه روايتين ، والمنصوص عن أحمد فى رواية الميمونى وابن منصور وأبى داود عدم الضمان وهو الذى ذكره أبو بكر فى التنبيه ووجهه أنه جاز اقتسام المال فى الظاهر والتصرف فيه . ولهذا يباح لزوجته أن تتزوج واذا قدم خير بينها وبين المهر فجعل التصرف فيما يملكه من مال وبضع موقوفا على تنفيذه واجازته مادام موجوداً فاذا تلف فقد مضى الحكم فيه ونفذ فان اجازته ورده انما يتعلق بالموجود لا بالمفقود ، وقد نص أحمد فى رواية أبى طالب على أنه اذا قدم بعد أن تزوجت زوجته وماتت فلا خيار له ولا يرثها . ويشبه ذلك اللقطة اذا قدم المالك بعد الحول والتملك وقد تلفت فالمشهور أنه يجب ضمانها للمالك وذكر ابن ابى موسى رواية أخرى أنه لايجب الضمان مع التلف وانما يجب

(١) فى ٧١١ مع التعزير فى احدى الروايتين

الرد مع بقاء العين (ومنها) او قبضت المطلقة البائن النفقة يظن أنها حامل ثم بانت حاملا ففى الرجوع عليها روايتان (ومنها) لو غاب الزوج فأنفقت الزوجة من ماله ثم تبين موته فهل يرجع عليها بما أنفقته بعد الموت على روايتين (ومنها) لو دفع زكاته أو كفارته الى من يظنه فقيرا فبان أنه غنى ففى وجوب الضمان عليه روايتان أصحهما أن لا ضمان وكذلك لو كان العامل هو الدافع قاله القاضى فى الأحكام السلطانية ، وقال فى المجرد لا يضمن الامام بغير خلاف لأنه أمين ولم يفرط لأن هذا لا يمكن الاحتراز منه، وان بان عبداً أو كافرا أو هاشميا فقيل هو على الخلاف وبه جزم ابن عقيل فى فنونه، وكذلك ذكر القاضى فى آخر الجامع الصغير الا أنه خرج الخلاف فى الضمان هنا على القول بعدمه فى المغنى وقيل لا يجزئه رواية واحدة لظهور التفريط فى الاجتهاد فان هذه الأوصاف لا تخفى بخلاف الغنى وان بان أنه بسبب نفسه فطريقان أحدهما لا يجزئه قولا واحداً كما لو بان انه عند نفسه والثانى هو لو بان غنيا والمنصوص ههنا الاجزاء لأن المانع خشية المحاباة وهو منتف مع عدم العلم . قال الشيخ تقى الدين وعلى قياس ذلك مال الفئ والخمس والاموال الموصى بها والموقوفة اذا ظن المتصرف فيها أن الآخذ مستحق (١) فاخطأ

﴿ القاعدة السادسة والتسعون ﴾

من وجب عليه أداء عين مال فاداه عنه غيره بغير اذنه هل تقع(٢) موقعه وينتفى الضمان عن المؤدى هذا على قسمين : أحدهما ان تكون العين ملكا لمن وجب عليه الأداء وقد تعلق بها حق للغير فان كان المتصرف له ولاية التصرف وقع الموقع ولا ضمان ولو كان الواجب دينا وان لم يكن له ولاية فان كانت العين متميزة بنفسها فلا ضمان ويجزئ وان لم تكن متميزة من بقية ماله ضمن ولم يجزئ الا ان يجيز المالك التصرف فنقول بوقف عقود الفضولى على الاجازة ويتفرع على هذا مسائل :

(منها) لو امتنع من وفاء دينه وله مال فباع الحاكم ماله ووفاه عنه صح وبرىء منه ولا ضمان (ومنها) لو امتنع من أداء الزكاة فأخذها الامام منه قهرا فانه تجزئ عنه ظاهرا وباطنا فى اصح الوجهين وهو ظاهر كلام احمد والخرقى لأن للامام ولاية على الممتنع وهذا حق تدخله النيابة فوقع موقعه (ومنها) لو تعذر استئذان من وجبت عليه الزكاة لغيبة أو حبس فأخذ الساعى الزكاة من ماله سقطت عنه (ومنها) ولى الصبي والمجنون يخرج عنهما الزكاة ويجزئ كما يؤدى عنهما سائر الواجبات

---

(١) فى نسختنا أن الآخذ مستحقا (٢) فى ٧١١ : على نفع

المالية من النفقات والغرامات (ومنها) اذا عين أضحية فذبحها غيره بغير اذنه أجزأت عن صاحبها ولم يضمن الذابح شيئا نص عليه لأنها متعينة للذبح مالم يبدلها وإراقة دمها واجب فالذابح قد عجل الواجب فوقع موقعه ولا فرق عند الاكثرين بين ان تكون معينة ابتداء اوعن واجب فى الذمة وفرق صاحب التلخيص بين ماوجب فى الذمة وغيره وقال المعينة عنها فى الذمة يشترط لها نية المالك غيره بغير اذنه فقال عند الذبح فلايجزىء ذبح غيره لها بغير اذنه فيضمن (ومنها) لو أحرم وفى يده المشاهدة صيد فأطلقه القاضى والأكثرون لايضمن لأنه فعل الواجب عليه كما لو أدى عنه دينه فى هذا الحال وفى المبهج للشيرازى أنه لا يضمن لأن ملكه لم يزل عنه وارسال الغير اتلاف يوجب الضمان فهو كقتله اللهم الا أن يكون المرسل حاكما أو ولى صبي فلا ضمان للولاية وهذا كله بناء على قولنا يجب [عليه] ارساله والحاقه بالوحش وهو المنصوص ، أما ان قلنا يجوز له نقل يده الى غيره باعارة أو ايداع كما قاله القاضى فى المجرد وابن عقيل فى باب العارية فالضمان واجب بغير اشكال (ومنها) لو نذر الصدقة بمال معين فتصدق به عنه غيره ففيه وجهان : أحدهما لاضمان عليه كالأضحية وهو اختيار أبى الخطاب فى انتصاره سواء قيل بزوال ملكه أو امتناع الابدال كما [لو] اختاره أو ببقاء (١) الملك وجواز الابدال اذ لافرق بين الدراهم المنذورة وبين الاضحية [فى ذلك . الثانى الضمان وهو قول القاضى وابن عقيل ويشكل الفرق بينه وبين الاضحية] لاسيما والمنقول (٢) لا يتعين بالتعيين فى العقود على احدى الروايتين بخلاف الحيوان وقد يقال فى الفرق إن الأضحية انما يجوز ابدالها بخير منها والنقود متساوية غالبا فلا معنى لابدالها ، وقد أشار القاضى الى الفرق بان النذر يحتاج اخراجه الى نية كالزكاة وهذا ممنوع بل نقول فى نذر الصدقة بالمعين مانقول فى الاضحية المعينة . وأما اذا أدى غيره زكاته الواجبة من ماله أو نذره الواجب فى الذمة أو كفارته من ماله بغير اذنه حيث لا ولاية له عليه فانه يضمن فى المشهور لأنه لايسقط به فرض المالك لفوات النية المعتبرة منه وممن يقوم مقامه ، وخرج الأصحاب نفوذه بالاجازة من نفوذ تصرف الفضولى [بها] . وهذا الذى ذكرناه فى العبادات كالزكاة والاضحية والنذر انما هو اذا نواه المخرج عن المالك فاما ان نوى عن نفسه وكان عالما بالحال فهو غاصب محض فلا يصح تصرفه لنفسه باداء الزكاة ولا بذبح الاضحية والهدى ولا غيرهما لأنه وقع من أصله تعديا وذلك ينافى التقرب وخرج بعض الأصحاب وجها ذكره بعضهم رواية فى الزكاة وخرجه ابن أبى موسى وجها فى العتق لكن اذا التزم ضمانه فى ماله وهذا شبيه بتصرف الفضولى ، وهل يجزىء عن المالك فى هذه الحال أم لا ، حكى

(١) فى ٧١١ أو بانتفاء الملك (٢) وفيها : والنقود لا تتعين

القاضى(١)فى الاضحية روايتين والصواب أن الروايتين تنزل على اختلاف حالتين لا على اختلاف قولين فان نوى الذابح بالذبح عن نفسه مع علمه بانها أضحية الغير لم يجزئ لغصبه واستيلائه على مال الغير واتلافه له عدوانا ، وان كان يظن الذابح أنها أضحية لاشتباهها عليه اجزأت عن المالك . وقد نص أحمد على الصورتين فى رواية ابن القاسم وسندى مفرقا بينهما مصرحا بالتعليل المذكور وكذلك الخلال فرق بينهما وعقد لهما بابين منفردين فلا يصح التسوية بعد ذلك . ومتى قيل بعدم الاجزاء فعلى الذابح الضمان لكن هل يضمن أرش الذبح أو كمال القيمة أما على رواية تحريم ذبيحة الغاصب فضمان القيمة متعين . وعلى القول بالحل وهو المشهور فقد يقال ان كانت معينة عن واجب فى الذمة فحكم هذا الذبح حكم عطبها وإذا عطبت فهل ترجع الى ملكه على روايتين فان قيل برجوعها الى ملكه فعلى الذابح أرش نقص الذبح خاصة وان قيل لا يرجع الى ملكه فالذبح حينئذ بمنزلة اتلافها بالكلية فيضمن الجميع ويشترى المالك بالقيمة ما يذبحه عن الواجب عليه ويصرف الكل مصرف الأضحية وإن كانت معينة ابتداء أو تطوعا فقد فوت على المالك التقرب بها وكونها أضحية أو هديا لكن على وجه لا يلزمه بدلها فيحتمل أن يتصدق بلحمها كالعاطب (٢) دون محله ويأخذ أرش الذبح من الذابح ويتصدق به . ويحتمل أن يضمنه قيمتها وهو أظهر لأنه فوت عليه التقرب بها على وجه لا يعود اليه منها شئ فهو كاتلافها وأما اذا فرق الأجنبي اللحم فقال الأصحاب لا يجزئ لأن أحمد قال فى رواية ابن منصور فيما اذا ذبح كل واحد أضحية الآخر يعتقد أنها أضحيته أنهما يترادان اللحم قالوا وان تلف فعليه ضمان قيمته وأبدى ابن عقيل فى فنونه احتمالا بالاجزاء لأن التفرقة ليست واجبة على المالك بدليل ما لو ذبحها فسرقت ، ويشهد له قول أحمد فى رواية المروذى وغيره فى رجل اشترى لقوم نسكا فاشترى لكل واحد شاة ثم لم يعرف هذه من هذه قال يتراضيان ويتحالان ولا بأس أن يأخذ كل واحد شاة بعد التحليل فدل على أن التفريق اذا وقع من غير قصد ولا تعمد أنه يجزئ ولولا ذلك لم تجز التضحية بهذه الأضحية المشتبهة وقد يكون عن واجب فى الذمة ويحمل قوله يترادان اللحم مع بقائه. القسم الثانى أن يكون الواجب أداؤه غير مملوك له فأداه الغير الى مستحقه فان كان مستحقه معينا فأنه يجزئ ولا ضمان وان لم يكن معينا ففى الاجزاء خلاف ، ويندرج تحت ذلك مسائل .

(منها) المغصوب والودايع اذا أداها أجنبي الى المالك أجزأت ولا ضمان (ومنها) اذا

(١) فى ٧١١ زيادة هى (وحكى القاضى بوقفه على الاجازة من القول بوقف تصرف الغاصب وربما) (٢) فى نسختنا : كالغاصب

اصطاد المحرم صيدا فى احرامه فأرسله غيره من يده فلا ضمان (ومنها) [اذا] (١) دفع أجنبي عينا موصى بها الى مستحق معين لم يضمن ووقعت موقعها وكذا لو كانت الوصية بمال غير معين بل مقدر وان كانت لغير معين ففى الضمان وجهان ونص احمد فى رواية حنبل فيمن بيده وديعة وصى بها المعين ان المودع يدفعها الى الموصى له والورثة قيل له فان دفعها الى الموصى له يضمن قال أخاف قيل له فيعطيه القاضى قال لا ولكن يدفعه اليهم ونص فى رواية مهنا على ضمانه بالدفع الى الموصى وهذا محمول على أنه لم تثبت الوصية ظاهرا وصرح الأصحاب بأنه لو كان عليه دين فوصى به صاحبه لمعين كان مخيرا فى دفعه الى الورثة والموصى له لأنه صار حقا له فهو كالوارث المعين وعلى هذا يتخرج دفع مال الوقف الى مستحقه المعين مع وجود الناظر فيه (٢).

﴿ القاعدة السابعة والتسعون ﴾

من بيده مال أو فى ذمته دين يعرف مالكه ولكنه غائب يرجى قدومه فليس له التصرف فيه بدون إذن الحاكم الا أن يكون تافها فله الصدقة به عنه نص عليه فى مواضع وان كان قد آيس من قدومه بأن مضت مدة يجوز فيها أن تزوج امرأته ويقسم ماله وليس له وارث فهل يجوز التصرف فى ماله بدون اذن الحاكم قد يتخرج على وجهين أصلهما الروايتان فى امرأة المفقود هل تتزوج بدون الحاكم أم لا فى رواية صالح جواز التصدق به ولم يعين حاكما وان لم يعرف مالكه بل جهل جاز التصدق به عنه لشرط الضمان بدون اذن الحاكم قولا واحدا على أصح الطريقين وعلى الثانية فيه روايتان وهى طريقة القاضى فى كتاب الروايتين وفى موضع من المجرد وجزم فى موضع آخر منه بتوقف التصرف على اذن الحاكم والأولى أصح ويتخرج على هذه القاعدة مسائل.

(منها) اللقطة التى لا تملك اذا أخرنا (٣) الصدقة بها أو التى يخشى فسادها اذا أراد التصدق بها فالمنصوص جواز الصدقة بها من غير حاكم وذكر أبو الخطاب رواية أخرى أنه ان كان يسيرا باعه وتصدق به وان كان كثيرا رفعه الى السلطان وقال (٤) نقلها مهنا ورواية مهنا انما هى فيمن باع من رجل شيئا ثم مات المشترى قبل قبضه وخشى البائع فساده وهذا مما له مالك معروف ويمكن الاطلاع على معرفة ورثته فليست المسئلة نبه على ذلك الشيخ مجد الدين رحمه الله (ومنها) اللقيط اذا وجد معه مال فانه ينفق عليه منه بدون اذن حاكم ذكره ابن حامد قال أبو الخطاب وروى عنه أبو الحارث ما يدل

---

(١) زيادة من المصحح (٢) ما بين المربعين فى هذه القاعدة زيادة فى ٧١١
(٣) فى نسختنا أجزنا (٤) وفيها وقد

على أنه لا ينفق عليه الا باذن حاكم قال الشيخ مجد الدين وهذه الرواية انما هى فى المودع أنه لا ينفق على زوجة المستودع وأهله فى غيبته الا باذن الحاكم وليس هذا نظير مسئلتنا لأن الولاية هنا على معروف فنظيره من وجد طفلا معروف النسب أبوه غائب (ومنها) الرهون التى لا تعرف أهلها نص أحمد على جواز الصدقة بها فى رواية أبي طالب وأبى الحارث وغيرهما وتأوله القاضى فى المجرد وابن عقيل على انه تعذر اذن الحاكم لما روى عنه أبو طالب أيضا اذا كان عنده رهن وصاحبه غائب وخاف فساده يأتى السلطان ليأمر ببيعه ولا يبيعه بغير اذن السلطان وأنكر ذلك الشيخ مجد الدين وغيره وأقروا النصوص على وجوهها فان كان المالك معروفا لكنه غائب رفع أمره الى السلطان وان جهل جاز التصرف فيه بدون حاكم وان علم صاحبه لكنه ايس منه تصدق به عنه نص عليه فى رواية ابى الحارث (ومنها) الودائع التى جهل مالكها يجوز التصرف بها بدون حاكم نص عليه وكذلك ان فقد ولم يطلع على خبره وليس له ورثة يتصدق(١) به نص عليه ولم يعتبر حاكما قال القاضى فى المجرد فيحتمل ان يحمل على اطلاقه لانه من فعل المعروف ويحتمل أن يحمل عند تعذر اذن الحاكم لأن هذا المال مصرفه الى بيت المال وتفرقة مال بيت المال موكولة الى اجتهاد الامام انتهى والصحيح الاطلاق وبيت المال ليس بوارث على المذهب المشهور وانما يحفظ فيه المال الضائع فاذا أيس من وجود صاحبه فلا معنى للحفظ ومقصود الصرف فى مصلحة المالك تحصل بالصدقة به عنه وهو أولى من الصرف الى بيت المال لأنه ربما صرف عن فساد بيت المال الى غير مصرفه وأيضا فالفقراء مستحقون من مال بيت المال فاذا وصل لهم هذا المال على غير يد الامام فقد حصل المقصود ، ولهذا قلنا على أحد الوجهين اذا فرق الأجنبى الوصية وكانت لغير معين كالفقراء فانها تقع الموقع ، ولا يضمن كما لو كانت الوصية لمعين ، وعلى هذا الأصل يتخرج جواز أخذ الفقراء الصدقة من يد من ماله حرام كقطاع الطريق وأفتى القاضى بجوازه ونص أحمد فى رواية صالح(٢) فيمن كانت عنده ودائع فوكل فى دفعها ثم مات وجهل ربها وأيس من الاطلاع عليه يتصدق بها عنه الوكيل وورثة الموكل فى البلد الذى كان صاحبها فيه حيث يرون أنه كان وهم ضامنون اذا ظهر له وارث واعتبار الصدقة فى موضع المالك مع الجهل به ، وقد نص على مثله فى الغصب وفى مال الشبهة واحتج بان عمر جعل الدية على أهل القرية (يعنى اذا جهل القاتل) ووجه الحجة منه أن الغرم لما اختص باهل المكان الذى فيه الجانى لأن الظاهر ان الجانى أو عاقلته المختصين بالغرم لا يخلو المكان [منهم] فكذلك الصدقة بالمال

(١) فى نسختنا ويتصدق به والتصحيح عن نسختى الدار (٢) فى ٧١١ ابن صالح

المجهول مالكه ينبغى أن يختص باهل مكانه لأنه أقرب الى وصول المال اليه ان كان موجودا أو الى ورثته ويراعى فى ذلك الفقراء لأنها صدقة كما يراعى فى موضع الديه الغنى (ومنها) الغصوب التى جهل ربها فيتصدق بها أيضا وقد نص على ذلك فى رواية جماعة ولم يذكرا كثر الأصحاب فيه خلافا وطرد القاضى فى كتاب الروايتين فيه الخلاف بناء على أنه مستحق لبيت المال وكذلك حكم المسروق ونحوه نص عليه ولو مات المالك ولا وارث له يعلم فكذلك يتصدق به نص عليه أحمد أيضا

تنبيهان أحدهما الديون المستحقه كالأعيان يتصدق بها عن مستحقها نص عليه ومع أنه نص على أن من قال لغريمه تصدق عنى بالدين الذى لى عليك لم يبرأ بالصدقة عنه ولو وكله فى قبضه من نفسه حيث لم يتعين المدفوع ملكا له فان الدين لا يتعين ملكه فيه بدون قبضه أوقبض وكيله وفرق القاضى فى خلافه بين أن يكون المأمور بالدفع اليه معينا أوغير معين فان كان معينا برئ بالدفع اليه كالوكيل وخرج فى المجرد المسئلة على بيع الوكيل من نفسه نظرا الى أن العلة هى القبض من نفسه حيث وكله المالك فى التعيين والقبض ، وقد أطلق هاهنا جواز الصدقة به ، فاما أن يكون هذا رواية ثانية بالجواز مطلقا اومحمولا على حالة تعذر وجود المالك أو وكيله وهو الأقرب ، وكذلك نص فى رواية أبى طالب فيمن عليه دين لرجل قد مات وعليه ديون للناس فقضى عنه دينه بالدين الذى عليه أنه يبرأ به فى الباطن .

والثانى اذا أراد من بيده عين جهل ربها أن يتملكها ويتصدق بقيمتها عن مالكها فنقل صالح عن أبيه الجواز فيمن اشترى آجرا وعلم أن البائع باع ما لا يملك ولا يعرف له أربابا أرجو أن يخرج قيمة الآجر فيتصدق به أن ينجو من اثمه . وقد يتخرج فيه الخلاف من جواز شراء الوكيل من نفسه ويشهد له اختلاف الرواية عنه فيمن له دين وعنده رهن وانقطع خبر صاحبه وباعه هل له أن يستوفى دينه منه ويتصدق بالفاضل أم يتصدق به كله على روايتين لأن فيه استيفاء للحق بنفسه من تحت يده واختار ابن عقيل جوازه مطلقا وخرجه من بيع الوكيل من نفسه ومن مواضع أخر .

﴿ القاعدة الثامنة والتسعون ﴾

من أدعى شيئا ووصفه دفع اليه بالصفة اذا جهل ربه ولم يثبت عليه يد من جهة مالكه والا فلا . ويتخرج على ذلك مسائل :

(منها) اللقطة يجب دفعها الى واصفها نص عليه وان وصفها اثنان فهى لهما وقيل يقرع بينهما ، وان

استقصى أحدهما الصفات واقتصر الآخر على القدر الذى يجزىء الدفع فوجهان يخرجان من الترجيح بالفساخ(١) والنتاج ذكره ابن عقيل فى مفرداته (ومنها) الاموال المغصوبة والمنهوبة والمسروقة كالموجودة مع اللصوص وقطاع الطريق ونحوهم يكتفى فيها بالصفة (ومنها) تداعى المؤجر والمستأجر دفنا(٢) فى الدار فهو لواصفه منهما نص عليه فى رواية الفضل بن زياد (ومنها) اللقيط اذا تنازع اثنان أيهما التقطه وليس فى يد أحدهما فمن وصفه منهما فهو أحق به (ومنها) لو وجد ماله فى الغنيمة قبل القسمة فانه يستحقه بالوصف ونحوه مما يدل على أنه له، هذا ظاهر كلام أحمد فى رواية حنبل وسئل أتزيد على ذلك بينة قال لابد من بيان يدل على أنه له وان علم ذلك دفعه اليه الأمير انتهى وقد قضى سعد بن أبى وقاص رضى الله عنه فيها بالعلامة المحضة .

﴿ القاعدة التاسعة والتسعون ﴾

ماتدعو الحاجة الى الانتفاع به من الأعيان ولا ضرر فى بذله لتيسيره وكثرة وجوده أو المنافع المحتاج اليها يجب بذله مجانا بغير عوض فى الأظهر ويندرج تحت ذلك مسائل :

(منهـــا) الحر لايجوز بيعه على أصح الروايتين وثبت فى صحيح مسلم النهى عنه ومأخذ المنع ما ذكرنا (ومنها) الماء الجارى والكلأ يجب بذل الفاضل منه للمحتاج الى الشرب واسقاء بهائمه وكذلك زروعه على الصحيح أيضا وسواء قلنا يملكه من هو فى أرضه أم لا والصحيح أن مأخذ المنع من بيعه ماذكرنا لا أنه غير مملوك بملك الأرض فان النصوص متكاثرة عن أحمد بتملكه المباحات النابتة فى الارض ويشهد له أيضا مانص عليه أحمد فى رواية ابن منصور فى اللقاط لاأرى لصاحب الارض أن يمنعه(٣) الناس فيه سواء مع أنه مملوك له بلااشكال ولا يقال زال ملكه عنه بمصيره منبوذا مرغوبا عنه لان المنع والبيع ينافى ذلك (ومنها) وضع الخشب على جدار الجار اذا لم يضر وكذلك اجراء الماء على أرضه فى احدى الروايتين (ومنها) اعارة الحلى ظاهر كلام أحمد وجماعة من الاصحاب وجوبه وصرح به بعض المتأخرين واختار بعضهم وجوب بذل الماعون وهو ماخف قدره وسهل كالدلو والفأس والقدر والمنخل واعارة الفحل للضراب وهو اختيار الحارثى واليه ميل الشيخ تقى الدين (ومنها) المصحف تجب عليه اعارته لمن احتاج الى القراءة فيه ولم يجد مصحفا غيره نقله القاضى فى الجامع الكبير وذكر ابن عقيل فى كلام مفرد له أن الاصحاب عللوا قولهم لايقطع

(١) كذا فى نسختنا وفى نسختى الدار بالنساخ (٢) فى الأصل دفنا والتصحيح عن ٧١١
(٣) فى ٧١١ ان يبيعه .

لسرقة المصحف فان له فيه حق النظر لاستخراج أحكام الشرع اذا خفيت عليه وعلى صاحبه بذله كذلك قال ابن عقيل وهذا تعليل يقتضى التسوية بين سرقته وسرقة كتب السنن فانها مضمنة من الأحكام امثال ذلك والحاجة داعية اليها وبذلها من المحاويج اليها من القضاة والحكام واهل الفتاوى واجب على مالكها انتهى (ومنها) ضيافة المجتازين المذهب وجوبها وأما اطعام المضطرين فواجب لكن لايجب بذله مجانا بل بالعوض وأما المنافع المضطر اليها كمنفعة الظهر للمنقطعين فى الاسفار واعارة مايضطر اليه ففى وجوب بذلها مجانا وجهان واختيار الشيخ تقى الدين أن المضطر الى الطعام ان كان فقيرا وجب بذله له مجانا لأن اطعامه فرض كفاية لايجوز أخذ العوض عنه بخلاف الغنى فان الواجب معاوضته فقط وهذا حسن وحكى الآمدى رواية أنه لايضمن المضطر الطعام الذى أخذه من صاحبه قهرا لمنعه اياه (ومنها) رباع مكة لايجوز بيعها ولا اجارتها على المذهب المنصوص واختلف فى مأخذه فقيل لأن مكة فتحت عنوة فصارت وقفا أو فيئا فلا ملك فيها لاحد وعلى هذا فينبنى الخلاف فى البيع والاجارة على الخلاف فى فتحها عنوة أو صلحا . وقيل بل لأن الحرم حريم البيت والمسجد الحرام وقد جعله الله للناس سواء العاكف فيه والباد فلا يجوز لأحد التخصيص بملكه وتحجيره بل الواجب أن يكون الناس فيه شرعا واحدا لعموم الحاجة اليه فمن احتاج الى مابيده منه سكنه وان استغنى عنه وجب بذل فاضله للمحتاج اليه وهو مسلك ابن عقيل فى نظرياته وسلكه القاضى فى خلافه أيضا واختاره الشيخ تقى الدين وتردد كلامه فى جواز البيع فاجازه مرة كبيع أرض العنوة عنده ويكون نقلا لليد بعوض ومنعه فى أخرى إذ الارض وابعاض البناء من الحرم غير مملوك للبانى وانما له التأليف وقد رجح به بتقديمه فى الانتفاع كمن بنى فى أرض مسبلة للسكنى بناء من ترابها وأحجارها ونقل ابن منصور عن أحمد مايدل على جواز البيع دون الاجارة وتأوله القاضى وعلى هذا المأخذ فقد يختص البيع بالقول بفتحها عنوة لمصير الأرض فيئا وقد نص أحمد فى رواية حنبل على أن علة الكراهة انها فتحت عنوة فصار المسلمون فيها شركا واحدا قال وعمر انما ترك السواد لذلك قال ولا يعجبنى منازل السواد ولا أرضهم وهذا نص بكراهة المنع فى سائر أراضى العنوة وبكل حال فلا يجب الاسكان فى دور مكة إلا فى الفاضل عن حاجة الساكن نص عليه

﴿ القاعدة المائة ﴾

الواجب بالنذر هل يلحق الواجب بالشروع أو بالمندوب فيه خلاف يتنزل عليه مسائل كثيرة :

(منها) الأكل من أضحية النذر وفيه وجهان اختار أبو بكر الجواز (ومنها) فعل الصلاة المنذورة فى وقت النهى وفيه وجهان أشهرهما الجواز (ومنها) نذر أيام التشريق والصلاة فى وقت النهى وفيه وجهان أيضا واختار ابن عقيل أنه كنذر المعصية لأن الملزم بالنذر هو التطوع المطلق (ومنها) لو نذر صلاة فهل يجزئه ركعة أم لابد من ركعتين على روايتين (ومنها) لو نذر عتق رقبة لم يجزئه الا سليمة ذكره القاضى حملا له على واجب الشرع ويحتمل أن يجزئه مايقع عليه الاسم كالوصية فان القاضى سلمها مع أن المنصوص عن أحمد فيمن وصى بعتق رقبة لايعتق عليه الا سليمة

﴿القاعدة الحادية بعد المائة﴾

من خير بين شيئين وأمكنه الاتيان بنصفيهما معا فهل يجزئه أم لا؟ فيه خلاف يتنزل عليه مسائل (منها) لو أعتق فى الكفارة نصفى رقبتين وفيها وجهان وقيل ان كان باقيهما حرا أجزأ وجها واحدا لتكميل الحرية، وخرجوا على الوجهين لو أخرج فى الزكاة نصفى شاتين وزاد صاحب التلخيص لو أهدى نصفى شاتين وفيه نظر إذ المقصود من الهدى اللحم ولهذا أجزأ فيه شقص من بدنة. وقد روى عن احمد مايدل على الاجزاء هاهنا (ومنها) لو اخرج الجبران (١) فى زكاة الابل شاة وعشرة دراهم فهل يجزئه على وجهين (ومنها) لو كفر يمينه باطعام خمسة مساكين وكسوة خمسة فانه يجزئ على المشهور وفيه وجه مذكور فى شرح الهداية فى زكاة الفطر (ومنها) لو اخرج فى الفطرة صاعا من جنسين والمذهب الاجزاء ويتخرج فيه وجه (ومنها) لو كفر فى محظورات الحج بصيام يوم واطعام أربعة مساكين فالاظهر منعه، وفى أحكام القرآن للقاضى يحتمل الجواز لانها على التخيير بخلاف كفارة اليمين. وعلى قياس هذا لو أعتق فى كفارة اليمين ثلث رقبة واطعم اربعة مساكين وكسى اربعة انه يجزئه وفيه بعد (ومنها) لو أخرج عن أربعمائة من الابل أربع حقاق وخمس بنات لبون اجزأ بغير خلاف عندنا لأنه عمل بمقتضى قوله فى كل اربعين بنت لبون وفى كل خمسين حقة ولان هذه واجبات متعددة فهى ككفارات متعددة فان اخرج بتشقيص كما لو اخرج عن مائتين حقتين وبنتى لبون ونصفا فهو كاخراج نصفى شاتين على ماسبق

﴿القاعدة الثانية بعد المائة﴾

من اتى بسبب يفيد الملك اوالحل او يسقط الواجبات على وجه محرم وكان مما تدعو النفوس اليه ألغى ذلك السبب وصار وجوده كالعدم ولم يترتب عليه احكامه ويتخرج على ذلك مسائل كثيرة:

(١) الجبران: اسم لجبر نصاب الزكاة من جبرته بكذا عادلته

(منها) الفار من الزكاة قبل تمام الحول بتنقيص النصاب أو اخراجه عن ملكه تجب عليه الزكاة ولو صرف اكثر امواله فى ملك مالا زكاة فيه كالعقار والحلى فهل ينزل منزلة الفار على وجهين (ومنها) المطلق فى مرضه لا يقطع طلاقه حق الزوجة من ارثها منه الا ان تنتفى التهم بسؤال الزوجة ونحوه ففيه روايتان (ومنها) القاتل لموروثه لا يرثه، وسواء كان متهما أو غير متهم عند اكثر الاصحاب وحكى ابن عقيل فى مفرداته وعمد الأدلة وجها انه متى انتفت التهمة كقتل الصبى والمجنون لم يمتنع الأرث قال وهو اصح عندى (ومنها) قتل الموصى له الموصى بعد الوصية فانه تبطل الوصية رواية واحدة على اصح الطريقين (ومنها) السكران بشرب الخمر عمدا يجعل كالصاحى فى اقواله وافعاله فيما عليه فى المشهور من المذهب بخلاف من سكر ببنج ونحوه (ومنها) لو ازال(١) عقله بان ضرب رأسه فجن فانه لا يقع طلاقه على المنصوص لأن ذلك مما لا تدعو النفوس اليه بل فى الطبع وازع عنه، وكذلك لا يجب عليه قضاء الصلاة اذا جن فى هذه الحالة على الصحيح (ومنها) تخليل الخمر لا يفيد حله ولا طهارته على المذهب الصحيح (ومنها) ذبح الصيد فى حق المحرم لا يبيحه بالكلية وذبح المحل للمحرم لا يبيحه للمحرم المذبوح له وفى حله لغيره من المحرمين وجهان، ولا يرد على هذا ذبح الغاصب والسارق لأن ذبحهما لا يترتب عليه الاباحة لهما فانه باق على ملك المالك ولا اباحة بدون اذنه مع أن أبا بكر التزم تحريمه مطلقا وحكاه رواية ويلتحق بهذه القاعدة

﴿ قاعدة ﴾ من تعجل حقه أو ما أبيح له قبل وقته على وجه محرم عوقب بحرمانه ويدخل فيها من مسائل : الأولى مسئلة قتل الموروث والموصى له (ومنها) الغال من الغنيمة يحرم أسهمه منها على احدى الروايتين (ومنها) من تزوج امرأة فى عدتها حرمت عليه على التأبيد على رواية (ومنها) من تزوجت بعبدها فانه يحرم عليها على التأبيد كما روى عن عمر رضى الله عنه نص عليه أحمد فى رواية عبد الله ذكره الخلال فى أحكام العبيد عن الخضر بن المثنى الكندى عنه . والخضر هذا مجهول تفرد عن عبد الله برواية المناكير التى لا يتابع عليها (ومنها) من اصطاد صيدا قبل أن يحل من احرامه لم يحل له وان تحلل حتى يرسله ويطلقه، وأما اذا قتل الغريم غريمه فانه يحل دينه عليه كما لو مات صرح به جماعة من الأصحاب . ويتخرج فيه وجه آخر أنه لا يحل طردا للقاعدة

﴿ القاعدة الثالثة بعد المائة ﴾

الفعل الواحد يبنى بعضه على بعض مع الاتصال المعتاد ولا ينقطع بالتفرق اليسير ولذلك صور: (منها) مكاثرة الماء النجس القليل بالماء الكثير يعتبر له الاتصال المعتاد دون صب القلتين

(١) فى ٧١١ بدون ■ ومنها لو ■ وقد اكتفي بكلمة أو

دفعةواحدة (ومنها) الوضوء إذااعتبرحالة الموالاة لم يقطعه التفرق اليسير . وهل الاعتبار بالعرف أو بجفاف الأعضاء على روايتين (ومنها) الصلاة يجوز البناء عليها اذا سلم ساهياً مع قرب الفصل ولا تبطل بذلك (ومنها) المسافر اذا اقام مدة يومين فهو سفر واحد ينبنى بعضه على بعض وان زاد لم يبن (ومنها) اذا ترك العمل فى المعدن الترك المعتاد او لعذر ولم يقصد الاهمال ثم عاد الى الاستخراج ضم الاول الى الثانى فى النصاب (ومنها) الطواف اذا تخلله صلاة مكتوبة أو جنازة يبنى عليه سواء قلنا الموالاة سنة أو شرط على اشهر الطريقين للاصحاب (ومنها) لو حلف لا اكلت إلا اكلة واحدة فى يومى هذا فأكل متواصلا لم يحنث وان تفرق التفرق المعتاد على الاكلة الواحدة ولو طال زمن الاكل وان قطع ثم عاد بعد طول الفصل حنث ذكره القاضى فى خلافه فى القطع فى السرقة والآمدى. وقياسه لو حلف لا وطئها إلا مرة واحدة فان الوطء فى العرف عبارة عن الوطء التام المستدام الى الانزال ولا يبعد أن يقال مثله فيمن رتب على مطلق الوطء. وفى الترغيب انه ظاهر كلام اصحابنا فيما اذا قال ان وطئتك فوالله لاوطئتك ولكن لمنصوص الحنث بالتقاء الختانين، وقد ذكر القاضى وجها انه لا حق على من اكمل الوطء المعلق عليه الطلاق الثلاث بإتمامه الى الانزال (ومنها) لو اخرج السارق من الحرز بعض النصاب ثم دخل واخرج مافيه وكل منهما بانفراده لا يبلغ نصابا فان لم يطل الفصل بينهما قطع وان طال ففيه وجهان ذكرهما القاضى فى خلافه وصاحب المحرر عنه فى الترغيب وقال اختار بعض شيوخى انه لا قطع مع طول الفصل (ومنها) اذا ترك المرتضع الثدى بغير اختياره ثم عاد اليه قبل طول الفصل فهى رضعة واحدة عند ابن حامد وكذا ذكر الآمدى أنه لو قطع باختياره لتنفس أو إعياء يلحقه ثم عاد ولم يطل الفصل فهى رضعة واحدة قال ولو انتقل من ثدى الى آخر ولم يطل الفصل فان كان من امرأة واحدة فهى رضعة واحدة وان كان من امرأتين فوجهان ، وحكى أبو الخطاب عن ابن حامد نحو ذلك فى جميع الصور إلا فى صورة المرأتين وذكر أنها ظاهر كلام الخرقى وحكى عن أبى بكر أنها تكون رضعتين فى جميع ذلك وانه ظاهر كلام احمد والله اعلم

﴿ القاعدة الرابعة بعد المائة ﴾

الرضا بالمجهول قدرا أو جنسا أو وصفا هل هو رضا معتبر لازم؟ ان كان الملتزم عقدا أو فسخا يصح ابهامه بالنسبة الى أنواعه أو الى اعيان من يرد عليه صح الرضا به والزم بغير خلاف وان كان غير ذلك ففيه خلاف ، فالاول له صور :

(منها) ان يحرم منها بمثل ما احرم به فلان أو باحد الانساك فيصح (ومنها) اذا طلق احدى زوجاته فيصح وتعين بالقرعة على المذهب (ومنها) لو اعتق احد عبيده فيصح ويعين بالقرعة ايضا على الصحيح، وأما الثانى فله صور :

(منها) اذا طلق بلفظ اعجمى من لا يفهم معناه والتزم موجبه عند اهله ففى لزوم الطلاق له وجهان ، والمنصوص فى رواية أبى الحارث أنه لا يلزمه الطلاق وهو قول القاضى وابن عقيل والأكثرين (ومنها) اذا طلق العجمى بلفظ الطلاق ولم يفهم معناه ولكنه التزم موجبه عند العرب فيه الخلاف (ومنها) اذا عتق العجمى أو العربى بغير لغته ولم يفهم معناه ففيه الخلاف ونص أحمد من رواية عبد الله أنه لا يلزم العتق (ومنها) اذا قال لامرأته أنت طالق مثل ماطلق فلان زوجته ولم يعلم فهل يلزمه مثل طلاق فلان بكل حال أولا يلزمه أكثر من واحدة فيه وجهان (ومنها) اذا قال ايمان البيعة تلزمنى لأفعلن كذا ولم يعلم ماهى فيه . وفيه ثلاثة أوجه : أحدها لا تنعقد يمينه بالكلية : والثانى تنعقد اذا ازمها ونواها وبه أفتى أبو القاسم الخرقى فيما حكى عنه ابن بطة قال أبو القاسم وكان أبى يتوقف فيها ولا يجيب فيها بشئ : والثالث ينعقد فيما عدا اليمين بالله بشرط النية بناء على أن اليمين بالله لا تصح بالكتابة (١) وفيه وجه رابع وهو ظاهر كلام القاضى فى خلافه أنه يلزمه موجبها نواها أو لم ينوها وصرح به أيضا فى بعض تعاليقه وقال لأن من أصلنا وقوع الطلاق والعتاق بالكتابة (٢) بالخط وان لم ينوه (ومنها) لو قال أيمان المسلمين تلزمنى ففى الخلاف للقاضى يلزمه اليمين بالله تعالى والطلاق والعتاق والظهار والنذر نوى ذلك أو لم ينوه وهو مفرع على قوله فى أيمان البيعة قال الشيخ مجد الدين وذكره اليمين بالله تعالى والنذر مبنى على قولنا بعدم تداخل كفاراتهما فاما على قولنا بالتداخل فيجزئه لهما كفارة اليمين وقياس المشهور عن أصحابنا فى يمين البيعة أنه لا يلزمه شئ حتى ينويه ويلزمه أو لا يلزمه شئ بالكلية حتى يعلمه أو يفرق بين اليمين بالله تعالى وغيرها مع أن صاحب المحرر لم يحك خلافا على اللزوم هاهنا وان لم ينوها لان ايمان المسلمين معروفة بينهم ولاسيما اليمين بالله وبالطلاق والعتاق بخلاف ايمان البيعة (ومنها) البراءة من المجهول وأشهر الروايات صحتها مطلقا سواء جهل المبرئ قدره ووصفه أو جهلهما معا وسواء عرفه المبرىء أو لم يعرفه والثانية لا يصح اذا عرفه المبرىء سواء علم المبرئ بمعرفته أو لم يعلم وفيه تخريج أنه ان علم معرفته صح وان ظن جهله لم يصح لأنه غار له والثالثة لا يصح البراءة من المجهول وان جهلاه الا فيما تعذر علمه للضرورة وكذلك البراءة من الحقوق

(١) و (٢) فى جميع النسخ بالكناية

فى الاعراض والمظالم (ومنها) البراءة من عيوب المبيع اذا لم يعين منها شيء وفيه روايتان . اشهرهما انه لا يبرأ : والثانية يبرأ إلا من عيب علمه فكتمه لتغريره وغشه ، وخرج ابو الخطاب وجهاً آخر بالصحة مطلقا من البراءة من المجهول (ومنها) اجازة الوصية المجهولة وفى صحتها وجهان .

﴿ القاعدة الخامسة بعد المائة ﴾

فى اضافة الانشاءات والاخبارات الى المبهمات : اما الانشاءات فمنها العقود وهى انواع .

احدها عقود التمليكات المحضة كالبيع والصلح بمعناه وعقود التوثقات كالرهن والكفالة والتبرعات اللازمة بالعقد أو بالقبض بعده كالهبة والصدقة . فلا يصح فى مبهم من اعيان متفاوتة كعبد من عبيد وشاة من قطيع وكفالة احد هذين الرجلين وضمان احد هذين الدينين وفى الكفالة احتمال لأنه تبرع فهو كالاعارة والاباحة ويصح فى مبهم من اعيان متساوية مختلطة كقفيز صبرة فان كانت متميزة متفرقة ففيه احتمالان ذكرهما فى التلخيص ، وظاهر كلام القاضى الصحة فانه ذكر فى الخلاف أنه يصح اجارة عين من اعيان متقاربة النفع لأن المنافع لا تتفاوت كالأعيان وان كانت مختلفة من جنس واحد كصبرة مختلفة الاجزاء فوجهان . احدهما البطلان كالأعيان المتميزة . والثانى الصحة وله من كل نوع بحصته .

والثانى عقود معاوضات غير متمحضة كالصداق وعوض الخلع والصلح عن دم العمد ففى صحتها على مبهم من اعيان مختلفة وجهان اصحهما الصحة وفى الكتابة طريقان . احدهما انها كذلك وهى طريقة القاضى : والثانى لا تصح وجها واحدا لأن عوضها مال محض .

والثالث عقد تبرع معلق بالموت فيصح فى المبهم بغير خلاف لما دخله من التوسع كعبد من عبيده وشاة من قطيعه وهل يعين بتعيين الورثة أو بالقرعة على روايتين . ومثله عقود التبرعات كاعارة احد هذين الثوبين واباحة احد هذين الرغيفين ، وكذلك عقود المشاركات والامانات المحضة مثل أن يقول ضارب باحدى هاتين المائتين وهما فى كيسين ودع عنك الأخرى [عندك] وديعة أو ضارب من هذه المائة بخمسين فانه يصح التماثل ذكره صاحب التلخيص . فاما ان كان الابهام فى التمالك فان كان على وجه يؤول الى العلم كقوله أعطوا احد هذين كذا صحت الوصية كما لو قال فى الجعالة من رد عبدى فله كذا . وان كان على وجه لا يؤول الى العلم كالوصية لأحد هذين ففيه روايتان وعلى الصحة يميز بالقرعة : وأما الفسوخ فما وضع منها على التغليب والسراية صح فى المبهم كالطلاق والعتاق ، وخرج صاحب التلخيص وجها فى الوقف انه كالعتق لما فيه من التحرير والمذهب خلافه لأن الوقف عقد

تمليك فهو بالهبة أشبه: وأما الاخبارات فما كان منها خبرا دينيا أو كان يجب به حق على المخبر قبل في المبهم، فان تعلق به وجوب حق على غيره لم يقبل الا فيما يظهر له فيه عذر الاشتباه ففيه خلاف. وان تعلق به وجوب الحق على غيره لغيره فحكمه حكم اخبار من وجب عليه الحق ويخرج على ذلك مسائل:

(منهـــا) لو أخبره ان كلبا ولغ فى أحد هذين الاناءين لا بعينه قبل وصار كمن أشتبه عليه طاهر بنجس . وكذلك لو أخبره بنجاسة أحد الثوبين . أو أن أحد هذين اللحمين ميتة والآخر مذكاة ونحو ذلك (ومنها) الاقرار فيصح المبهم ويلزم بتعيينه مثل أن يقول احد هذين مالك لفلان ، أوله عندى درهم اودينار. ويصح للمبهم كما لو اقر انه اعتق احد هذين العبدين، أو اعتقه موروثه وكذلك اذا اقر انه زوج احدى بناته من رجل ولم يسمها ثم مات فانها تميز بالقرعة على المنصوص، وكذلك لو أقر أن هذه العين التى فى يده لاحد هذين وديعة ولا أعلمه عينا فانهما يقترعان عليها نص عليه . وكذا لو أقر أنه باع هذه العين من أحد هذين وهما يدعيانها فانهما يقترعان ولو كانت فى يد أحدهما . نص عليه أحمد فى رواية ابن منصور فى رجلين ادعى كل واحد منهما انه اشترى من رجل ثوبا وقال أحدهما اشتريته بمائة وقال الآخر بمائتين وأقر البائع انه باعه بمائتين ولم يعين ، فانه يقرع بينهما وان أقاما بينتين وكان الثوب فى يد أحدهما ؛ وهذا اختيار أبى بكر ولا اعتبار بهذه اليد للعلم بمستندها . وعنه رواية أخرى أنها يد معتبرة فتكون العين لصاحبها ومع تعارض البينتين يخرج على الخلاف فى بينة الداخل والخارج (ومنها) الدعوى بالمبهم فان كانت بما يصح وقوع العقد عليه مبهما كالوصية والعبد المطلق فى المبهم(١) ونحوه فانها تصح قال فى الترغيب وألحق أصحابنا الاقرار بذلك قال والصحيح عندى أن دعوى الاقرار بالمعلوم (٢) لا يصح لأنه ليس بالحق ولا موجبه فكيف بالمجهول. وأما الدعوى على المبهم فلا تصح ولا تسمع ولا يثبت بها قسامة ولا غيرها . فلو قال قتل أبى أحد هؤلاء الخمسة لم يسمع . قال فى الترغيب ويحتمل أن يسمع للحاجة فان مثله يقع كثيرا ويحلف كل واحد منهم قال وكذلك يجرى فى دعوى الغصب والاتلاف والسرقة ولا يجرى فى الاقرار والبيع اذا قال نسيت لأنه مقصر (ومنها) الشهادة بالمبهم فان كان المشهود به [يصح] مبهما صحت الشهادة به كالعتق والطلاق والاقرار والوصية والا لم يصح لاسيما الشهادة التى لا تصح بدون دعوى فانها تابعة للدعوى فى الحكم إما ان شهدت البينة انه طلق أو اعتق أو ابطل وصية معينة وادعت نسيان عينها ففى القبول وجهان حكاهما فى المحرر وجزم ابن أبى موسى بقبول الشهادة بالرجوع عن احد الوصيتين مطلقا وكذلك حكى عن ابى بكر ونقل ابن منصور عن احمد فى شاهدين شهدا على رجل

(١) فى نسختى الدار . المطلق فى الرهن . (٢) كذا فيهما وفى نسختنا . بالمعدوم .

انه اخذ من يتيم الفا وشهد آخران على آخر انه هو الذى اخذها يأخذ الولى بأيهما شاء ولعل المراد انه اذا صدق احدى البينتين حكم له بها.

«فصـــل» ولو تعلق الانشاء باسم لايتميز به مسماه لوقوع الشركة فيه فان لم ينوه فى الباطن معينا فهو كالتصريح بالابهام وان نوى به معينا فان كان العقد مما لايشترط له الشهادة صح والا ففيه خلاف والاخبار تابع للانشاء فى ذلك ويتخرج على ذلك مسائل :

(منها) ورود عقد النكاح على اسم لا يتميز مسماه لايصح. فلو قال زوجتك بنتى وله بنات لم يصح واما ان عينا فى الباطن واحدة وعقدا العقد عليها باسم غير مميز نحو أن يقول بنتى وله بنات أو يسميها باسم وينويا فى الباطن غير مسماه ففى الصحة وجهان اختار القاضى فى موضع الصحة وابو الخطاب والقاضى فى موضع آخر البطلان ، ومأخذه أن النكاح يشترط له الشهادة ويتعذر الاشهاد على النية. وعن أبى حفص العكبرى ان كانت المسماة غلطا لا يحل نكاحها لكونها مزوجة أو غير ذلك صح النكاح والا فلا ، فلو وقع مثل هذا فى غير النكاح مما لا يشترط له الشهادة فان قلنا فى النكاح يصح ففى غيره أولى، وان قلنا فى النكاح لا يصح فمقتضى تعليل من علل باشتراط الشهادة أن يصح فى غيره مما لا يعتبر الاشهاد عليه لصحتها (ومنها) الوصية لجاره محمد وله جاران بهذا الاسم فله حالتان إحداهما أن يعلم بقرينة أو غيرها أنه أراد واحدا منهما معينا وأشكل علينا معرفته فههنا يصح الوصية بغير تردد ويخرج المستحق منهما بالقرعة على قياس المذهب فى اشتباه المستحق المال بغيره من الزوجة المطلقة والسلعة المبيعة وغيرها : والحالة الثانية ان يطلق وقد يذهل عن تعيين احدهما بعينه فهو كالوصية لأحدهما مبهما ، وكذلك حكى الأصحاب فى الصحة روايتين ولكن المنصوص عن احمد الصحة . قال صالح : سألت ابى عن رجل مات وله ثلاثة غلمان ثلاثتهم اسمهم فرج فوصى عند موته فقال فرج حر وفرج له مائة وفرج ليس له شئ. قال ابى: يقرع بينهم فمن أصابته القرعة فهو حر واما صاحب المائة فلا شىء له وذلك انه عبد والعبد هو وماله لسيده . وهذا يدل على الصحة مع اشتراك الاسم لأنه انما علل البطلان ههنا لكونه عبدا فدل على انه لو كان حرا لاستحق ، وزعم صاحب المغنى ان رواية صالح تدل على بطلان الوصية وخالفه صاحب المحرر. ونقل حنبل قال ابو عبدالله: فى رجل له غلامان اسمهما واحد فاوصى عند موته فقال فلان حر بعد موتى لأحد الغلامين وله مائتا درهم ، وفلان ليس هو حر واسمهما واحد فقال يقرع بينهما فمن أصابته القرعة فهو حر واما صاحب المائتين فليس له شىء وذلك انه عبد والعبد وماله لسيده وهذه لا تدل على مثل مادلت عليه رواية صالح لكن السؤال يقتضي ان الموصى له بالمائتين هو العتيق والجواب يدل على خلافه ، ومن

ثم زعم صاحب المحرر أنها تدل على بطلان الوصية للابهام وليس كذلك لأنه انما علل بكونه عبداً لم يعتق وتأولها القاضى وابن عقيل على أن الوصية لم تصح لكونه عبدا حال الايصاء ولا يكفى حريته حال الاستحقاق ، وعلى هذا فلا تصح الوصية لأم الولد والمدبر وهو ضعيف جدا . وجواب احمد انما يتنزل على أن الموصى له بالدراهم غير المعتق . ونقل يعقوب بن بختان ان ابا عبد الله سئل عن رجل له ثلاثة غلمان اسم كل واحد منهم فرج ، فقال فرج حر ولفرج مائة درهم . قال يقرع بينهم فمن خرج سهمه فهو حر والذى اوصى له بالمائة لاشىء له لأن هذا ميراث، وهذه الرواية من جنس ماقبلها حيث علل فيها ببطلان الوصية بكون العبد الموصى له ميراث للورثة فهذه الروايات التى ساقها الخلال فى الجامع وكلها دالة على الصحة وهو قول القاضى . وساقها ابو بكر فى الشافى على ان الموصى له بالدراهم هو المعتق وان احمد صحح الوصية له فى رواية صالح وابطلها فى رواية حنبل . قال أبو بكر : وبالصحة اقول ، وفى الخلال ايضا عن مهنا ان احمد قال فى رجلين شهدا على رجل انه اوصى عند موته لفلان بن فلان من اصحاب فلان الف درهم أو احاله بها والشهود لا يعرفون فلان بن فلان كيف يصنعون وقد مات الرجل ؟ قال : ينظرون فى اصحاب فلان فيهم فلان بن فلان من اصحاب فلان؟ قلت : فان جاء رجلان فقال كل واحد منهما انا فلان بن فلان من اصحاب فلان . قال : فلا يدفع اليهما شيئا حتى يكون رجل واحد ، والظاهر أن أحمد لم يتوقف فى الدفع الا ليتيقن المستحق من غيره لا لصحة الوصية فانها ههنا لمعين فى نفس وانما اشتبه علينا لاشتراك الاسمين فلذلك وقف الدفع على معرفة عين المستحق اذا رجى انكشاف الحال وأما مع الاياس من ذلك فيتعين تعيين المستحق بالقرعة قاله بعض الأصحاب المتقدمين وهو الحق .

(ومنها) اشتباه المدعى عليه اذا كتب القاضى الى قاضى بلد آخر أن لفلان على فلان بن فلان المسمى الموصوف كذا فأحضره المكتوب اليه بالصفة والنسب فادعى أن له مشاركا فى ذلك ولم يثبت حكم عليه وان ثبت ان له مشاركا فى الاسم والصفة والنسب وقف حتى يعلم الخصم منهما ولم يجز القضاء مع عدم العلم . أما لو كان المدعى المكتوب فيه حيوانا أو عبداً موصوفا ولم يثبت له مشارك ففيه وجهان اشهرهما أنه يسلم إلى المدعى مختوم العنق (١) ويؤخذ منه كفيل حتى يأتى القاضى الكاتب فيشهد الشهود على عينه ويقضى له به ، وان(٢) يشهدوا على عينه وجب رده الى الحاكم الذى سلمه ويكون فى ضمان الذى أخذه لأنه أخذه بغير استحقاق . والوجه الثانى لا يسلم

---

(١) فى الاصل مختوح العنق وفى نسختى الدار (مختوم العنق) (٢) كذا فى الاصول ولعل الصواب وان لم يشهدوا الخ

الا بالشهادة على عينه . والفرق بينها وبين التى قبلها أن الحر قد طابق قول المدعى اسمه ونسبه وصفته فيبعد الاشتراك فى ذلك والعبد والحيوان انما حصل الاتفاق فى وصفه أو فى وصفه واسمه والوصف كثير الاشتباه وكذلك الاسم . ونظير هذا ماذكروه فى شهادة الأعمى أنه ان عرف المشهود عليه باسمه ونسبه قبلت شهادته وان عرفه برؤيته قبل عماه فوصفه ففى قبولها وجهان لأن الوصف المجرد يحصل فيه الاشتراك (ومنها) لو كان له ابنتان اسمهما واحد فوهب لاحداهما شيئاً أو أقر لها ثم مات ولم يبين فقال القاضى فى بعض تعاليقه قياس المذهب اخراج المستحقة منها بالقرعة كما لو أقر أنه زوج إحدى بناته ثم مات ولم يبين ، وهذا صحيح لأن الهبة والاقرار هنا وقع لمعنى فى الباطن وانما أشكل علينا الوقوف عليه فيميز بالقرعة (ومنها) لو وجد فى كتاب وقف أن رجلا وقف على فلان وبنى بنيه واشتبه هل المراد بنى بنيه (جمع ابن) او بنى بنيه (واحدة البنات) قال ابن عقيل فى فنونه : يكون بينهما عندنا لتساويهما كما فى تعارض البينات . قال الشيخ تقى الدين : ليس هذا من تعارض البينتين بل هو بمنزلة تردد البينة الواحدة ولو كان من تعارض البينتين فالقسمة عند التعارض رواية مرجوحة والا فالصحيح إما التساقط وإما القرعة فيحتمل أن يقرع هنا لأن الحق ثبت لأحدى الجهتين ولم يعلم عينها ، ويحتمل أن يرجح بنو البنين لأن العادة أن الانسان اذا وقف على ولد بنيه(١) لايخص منها الذكور بل يعم أولادهما بخلاف الوقف على ولد الذكور فانه يخص ذكورهم كثيراً كآبائهم(٢) ولأنه لو أراد ولد البنت لسماها باسمها أو لشرك بين ولدها وولد سائر بناته قال وهذا أقرب إلى الصواب . وافتى رحمه الله فيمن وقف على أحد أولاده وله عدة أولاد وجهل اسمه أنه يميز بالقرعة

﴿ القاعدة السادسة بعد المائة ﴾

ينزل المجهول منزلة المعدوم وان كان الأصل بقاؤه اذا يئس من الوقوف عليه أو شق اعتباره وذلك فى مسائل :

(منها) الزائد على ماتجلسه المستحاضة من أقل الحيض أو غالبه الى منتهى أكثره ، حكمه حكم المعدوم حيث حكمنا فيها للمرأة باحكام الطاهرات كلها فان مدة الاستحاضة تطول ولاغاية لها تنتظر بخلاف الزائد على الأقل فى حق المبتدأة على ظاهر المذهب حيث تقضى الصوم الواقع فيه قبل ثبوت العادة بالتكرار لأن أمره ينكشف بالتكرار عن قرب . وكذلك النفاس المشكوك

(١) فى ٧١١ : بنته (٢) فى ٧١١ كأنائهم

فيه تقضى فيه الصوم لأنه لايتكرر (ومنها) اللقطة بعد الحول فانها تتملك لجهالة ربها ومالا يتملك منها يتصدق به عنه على الصحيح وكذلك الودائع والغصوب ونحوها (ومنها) مال من لايعلم له وارث فانه يوضع فى بيت المال كالضائع مع أنه لايخلو من بنى عم اعلى إذ الناس كلهم بنو آدم فمن كان أسبق الى الاجتماع مع الميت فى أب من آبائه فهو عصبته ولكنه مجهول فلم يثبت له حكم وجاز صرف ماله فى المصالح ، وكذلك لو كان له مولى معتق لورثه فى هذه الحالة ولم يلتفت إلى هذا المجهول . ولنا رواية أخرى أنه ينتقل إلى بيت المال ارثاً لهذا المعنى فان أريد أن اشتباه الوارث بغيره يوجب الحكم بالارث للكل فهو مخالف لقواعد المذهب وان أريد أنه ارث فى الباطن لمعين فيحفظ ميراثه فى بيت المال ثم يصرف فى المصالح للجهل بمستحقه عيناً فهو والأول بمعنى واحد وينبنى على ذلك مسألة اقتصاص الامام ممن قتل من لاوارث له وفى المسألة وجهان منهم من بناهما على أن بيت المال هل هو وارث أم لا . ومنهم من قال لا ينبنى على ذلك ثم لهم طريقان: أحدهما أنه لا يقتص ولو قلنا بانه وارث لأن فى المسلمين الصبي والمجنون والغائب وهى طريقة أبى الخطاب . والثانى يجوز الاقتصاص وان قلنا ليس بوارث لأن ولاية الامام ونظره فى المصالح قائم مقام الوارث وهو مأخذ ابن الزاغونى (ومنها) اذا اشتبهت اخته بنساء أهل مصر جازله الأقدام على النكاح من نسائه ولايحتاج الى التحرى فى ذلك على أصح الوجهين ، وكذلك لو اشتبهت ميتة بلحم أهل مصر أو قرية أو اشتبه حرام قليل بمباح كثير ونحو ذلك إلا أن يكثر الحرام ويغلب فيخرج المسألة على تعارض الأصل والظاهر كثياب الكفار وأوانيهم (ومنها) طين الشوارع محكوم بطهارته على الصحيح المنصوص (ومنها) اذا طلق واحدة من نسائه وأنسيها فانها تميز بالقرعة ويحل له وطء البواقى على المذهب الصحيح المشهور وكذلك لو أعتق واحدة من إمائه (ومنها) اذا أحرم بنسك وانسيه ثم عينه بقران فانه يجزئه عن الحج ، وهل يجزئه عن العمرة وجهين أشهرهما عند المتأخرين لا يجزئه لجواز أن يكون أحرم بحج أولا ثم أدخل عليه العمرة بنية القران فلا تصح عمرته . والثانى يجزئه لأنه انما يمنع من ادخال العمرة على الحج مع العلم فاما مع عدمه فلا تنزيلا للمجهول كالمعدوم فكأنه ابتدأ الاحرام بهما من حين التعيين

﴿القاعدة السابعة بعد المائة﴾

تمليك المعدوم والاباحة له نوعان : أحدهما أن يكون بطريق الاصالة فالمشهور أنه لايصح . والثاني أن يكون بطريق التبعية فيصح في الوقف والإجازة وهذا اذا صرح بدخول المعدوم فاما

ان لم يصرح وكان المحل لايستلزم المعدوم ففى دخوله خلاف ، وكذا لو انتقل الوقف الى قوم فحدث من يشاركهم ويتخرج على هذه القاعدة مسائل :

(منها) الاجازة لفلان ولمن يولد له فانها تصح وفعل ذلك أبو بكر بن أبى داود [وهو] من أعيان أصحابنا فانه أجاز لشخص وولده ولحبل الحبلة (ومنها) الاجازة لمن يولد لفلان ابتداء فافتى القاضى فيها بالصحة مطلقا نقله عنه أبو بكر الخطيب . وقياس قوله فى الوقف عدم الصحة (ومنها) الوقف على من سيولد له فصرح القاضى فى خلافه بانه لايصح لأنه وقف على من لايملك فى الحال واقتصر عليه فلم يصح كما لو وقف على العبد . قال أحمد : فى رواية صالح الوقف انما يكون أن يوقفه على ولده أو من يكون من أقاربه فاذا انقرضوا فهو صدقة على المساكين أو من رأى(١) قال الشيخ مجد الدين ظاهره يعطى صحة الوقف ابتداء على من يولد له أو من يوجد من أقاربه وهذا عندى وقف معلق بشرط انتهى . ويمكن أن يحمل على أن مراده من يكون [موجودا] من أقاربه فيكون كان ناقصة وخبرها محذوفا (ومنها) الوقف على ولده وولد ولده أبدا أو من يولد له فيصح بغير اشكال نص عليه (ومنها) لو وقف على ولده وله أولاد موجودون ثم حدث له ولد آخر ففى دخوله روايتان وظاهر كلام أحمد دخوله فى المولود قبل تأبير النخل(٢) وقد سبق وهو قول ابن أبى موسى وظاهر كلام القاضى وابن عقيل وأفتى به [ابن] الزاغونى (ومنها) لو وقف على ولده ثم على ولدهم أبدا على أن من مات عن ولد فنصيبه لولده ومن مات عن غيره ولد فنصيبه لمن فى درجته فكان فى درجته عند موته اثنان مثلا فتناولا نصيبه ثم حدث ثالث فهل يشاركهم يخرج فيه وجهان من التى قبلها والدخول هنا أولى وبه أفتى الشيخ شمس الدين ابن ابى عمر المقدسى لأن الوقف على الأولاد قد يلحظ فيهم أعيان الموجودين عند الوقف بخلاف الدرجة والطبقة فانه لا يلحظ فيه الا مطلق الجهة وعلى هذا فلو حدث من هو أعلى من الموجودين وكان فى الوقف استحقاق الأعلى فالأعلى فانه يفترغه(٣) منهم واما حكم الوصية فانها لاتصح لمعدوم بالاصالة كمن [اوصى] بحمل هذه الجارية صرح به القاضى وابن عقيل وفى دخول المتجدد بعد الوصية وقبل موت الموصى روايتان . وذكر القاضى فيمن وصى لمواليه وله مدبرون وأمهات أولاد أنهم يدخلون وعلل بأنهم موال حال الموت والوصية تعتبر بحال الموت وخرجه الشيخ تقى الدين على الخلاف فى المتجدد بين الوصية والموت . قال : بل هذا متجدد بعد الموت فمنعه أولى وهذا الذى قاله يتوجه إن علقنا الوصية بصدق الاسم فاما ان كان قصد الموصى

---

(١) كذا فى الاصول الثلاثة . وبهامش ٧١١ لعله (أو من يأتى) . (٢) هذا نص نسختى الدار ونسختنا تأثير الفعل ولعله تصحيف . (٣) فى ٧١١ فانه ينزعه . وفى ٧١٢ فانه يصير منهم

الوصية لأعيان رقيقه وسماهم باسم يحدث لهم فانهم يستحقون الوصية بغير توقف . وافتى الشيخ أيضا بدخول المعدوم فى الوصية تبعا كمن وصى بغلة ثمره للفقراء الى أن يحدث لو اده ولد فيكون وهو له قريب من تعليق الوصية بشرط آخر بعد الموت . والمنصوص عن أحمد فى رواية أحمد بن الحسين بن حسان فيمن أوصى أن يتصدق فى سكة فلان بكذا وكذا فسكنها قوم بعد موت الموصى قال انما كانت الوصية للذين كانوا ثم قال ما أدرى كيف هذا ؟ قيل له فيشبه هذا الكورة قال لا الكورة وكثرة أهلها خلاف هذا المعنى ، ينزل قوم ويخرج قوم يقسم بينهم . ففرق بين الكورة والسكة لأن الكورة لا يلحظ الموصى فيها قوما معينين لعدم انحصار أهلها وانما المراد تفريق الوصية الموصى بها فيستحق المتجدد فيها بخلاف السكة فانه قد يلحظ أعيان سكانها الموجودين لحصرهم ، ويفارق الوقف فى ذلك الوصية لأن الوقف تحبيس وتسبيل يتداول المتجدد من الطباق فكذا الطبقة الواحدة بخلاف الوصية فانها تمليك فيستدعى موجودا فى الحال

﴿ القاعدة الثامنة بعد المائة ﴾

ماجهل وقوعه مترتبا أو متقارنا هل يحكم عليه بالتقارن أو بالتعاقب فيه خلاف ، والمذهب الحكم بالتعاقب لبعد التقارن . ويندرج تحت ذلك صور :

(منها) المتوارثان اذا ماتا جملة بهدم أو غرق أو طاعون وجهل تقارن موتهما وتعاقبه حكمنا بتعاقبه على المذهب المشهور ، وورثنا كل واحد منهما من الآخر من تلاد ماله دون ماورثه من صاحبه . وخرج أبو الخطاب رواية أخرى بعدم التوارث للشك فى شرطه وكذلك لو علم سبق أحدهما بالموت وجهل عينه أو علم عينه ثم نسى على المذهب لكن هذا يستند الى أن تيقن الحياة لا يشترط للتوريث (ومنها) اذا أقيم فى المصر جمعتان لغير حاجة وشك هل أحرم بهما معا فيبطلان وتعاد الجمعة أو أحرم بهما مترتبتين فتصلى الظهر على الوجهين أصحهما تعاد الظهر لأن التقارن مستبعد وعلى الثانى تعاد الجمعة إما لاحتمال المقارنة أو تنزيلا للمجهول كالمعدوم (ومنها) اذا زوج وليان وجهل هل وقع العقدان معا فيبطلان أو مترتبين فيصحح أحدهما بالقرعة ففيه وجهان أيضا أحدهما يبطلان لاحتمال التقارن والثانى لاستبعاده (ومنها) اذا أسلم الزوجان الكافران قبل الدخول واختلفا هل أسلما معا أو متعاقبين فهل القول قول مدعى التقارن فلا ينفسخ النكاح أو مدعى التعاقب لأن الظاهر معه على وجهين يرجعان الى تعارض الأصل والظاهر (ومنها) اذا كان فى يد رجل عبد فادعى رجلان كلا منهما أنه باعه هذا العبد بالف وأقاما بذلك بينتين ولم يؤرخا فهل يصح العقدان

ويلزمه الثمنان لجواز أن يكونا فى عقدين فى وقتين مختلفين . وحد استرجاع العقد بينهما أو(١) يتعارض البينتان ، لجواز أن يكونا عقدا واحدا فيسقطان والأصل براءة ذمته على وجهين

﴿ القاعدة التاسعة بعد المائة ﴾

المنع من واحد مبهم من اعيان أو معين مشتبهة باعيان يؤثر الاشتباه فيها المنع بمنع التصرف فى تلك الأعيان قبل تمييزه ، والمنع من الجمع يمنع من التصرف فى القدر الذى يحصل به الجمع خاصة ، فان حصل الجمع دفعة واحدة منع من الجميع مع التساوى ، فان كان لواحدمنهما مزية على غيره بأن يصح وروده على غيره ولا عكس اختص الفساد به على الصحيح والمنع من القدر المشترك كالمنع من الجميع يقتضى العموم ، فللأول أمثلة :

(منها) اذا طلق واحدة مبهمة منع من وطء زوجاته حتى يميز بالقرعة على الصحيح ، وحكى رواية أخرى أنه يميزها بتعيينه (ومنها) اذا أعتق أمة من إمائه مبهمة منع من وطء واحدة منهن حتى تميز المعتقة بالقرعة وفيه وجه بالتعيين (ومنها) اذا اشتبهت المطلقة ثلاثا بزوجاته منع من وطء واحدة منهن حتى يميز المطلقة وتميزها بالقرعة على ظاهر المذهب (ومنها) او اشتبهت أخته بعدد محصور من الأجنبيات منع من التزوج بكل واحدة منهن حتى يعلم أخته من غيرها (ومنها) اذا اشتبهت ميتة بمذكاة فانه يمنع من الاكل منهما حتى يعلم المذكاة (ومنها) اشتباه الآنية النجسة بالطاهرة يمنع من الطهارة بواحدة منها حتى يتيقن على الظاهر (ومنها) لو حلف بالطلاق لا يأكل تمرة فاختلطت فى تمر فانه يمنع من أكل تمرة منه حتى يعلم عين التمرة ، وان كنا لا نحكم عليه بالحنث با كل واحدة (ومنها) لو حلف بطلاق زوجاته أن لا يطأ واحدة منهن ونوى واحدة مبهمة فانه يمنع من الوطء حتى يميزها بالقرعة وقيل بتعيينه (ومنها) لو أعطينا الأمان لواحد من أهل حصن أو أسلم واحد منهم ثم تداعوه حرم قتلهم بغير خلاف ، وفى استرقاقهم وجهان : أحدهما وهو المنصوص أنه يحرم مع التداعى ؛ والثانى أنه يخرج واحد منهم بالقرعة ويرق الباقون ، وهو قول أبى بكر والخرقى ورجحه ابن عقيل فى روايته الحاقاله باشتباه المعتق بغيره ، وكما لو أقر أن أحد هذين الولدين من هذه الأمة ولده ثم مات ولم يوجد قافة فانا نقرع لاخراج الحرية(٢) وان كان أحدهما حر الأصل والصحيح الأول لأن أهل الحصن لم يسبق لهم رق فارقاقهم الا واحدا يؤدى الى ابتداء الارقاق مع الشك فى اباحته بخلاف ما اذا كان أحد المشتبهين رقيقا فاخرج غيره بالقرعة فانه انما يستدام الرق مع

(١) لعلها ان . (٢) فى نسختنا: الجزية والتصحيح عن ٧١١

الشك فى زواله ، وللثانى أمثلة :
(منها) اذا ملك أختين او أما وبنتا فالمشهور أن له الاقدام على وطء واحدة منهما ابتداء فاذا فعل حرمت الأخرى ، وعن أبى الخطاب أنه يمتنع من وطء واحدة منهما حتى تحرم الأخرى، ونقل ابن هانىء عن أحمد مايدل عليه وهو راجع الى تحريم احداهما مبهمة والأول اصح لأن المحرم هو ما يحصل به الجمع (ومنها) اذا وطىء الاختين واحدة بعد الاخرى يمتنع من وطئهما جميعا حتى يحرم احداهما لثبوت استفراشهما جميعا ؟ ام تباح له الاولى اذا استبرأ الثانية لانهما اخص بالتحريم حيث كان الجمع حاصلا بوطئها على وجهين ، والاظهر هاهنا الاول لثبوت الفراش لهما جميعا فيكون الممنوع منهما واحدة مبهمة (ومنها) إذا أسلم الكافر وعنده أكثر من أربع نسوة فاسلمن أو كن كتابيات فالاظهر أن له وطء أربع منهن ويكون اختيارا منه لأن التحريم إنما يتعلق بالزيادة على الاربع وكلام القاضى قد يدل على هذا وقد يدل على تحريم الجميع قبل الاختيار (ومنها) او قال لزوجاته الاربع والله لا وطئتكن وقلنا لا تحنث بفعل البعض فاشهر الوجهين أنه لا يكون موليا حتى يطأ ثلاثا فيصير حينئذ موليا من الرابعة وهو قول القاضى فى المجرد وأبى الخطاب لانه يمكنه وطء كل واحدة منهن من غير حنث فلا تكون يمينه مانعة بخلاف ما اذا وطىء ثلاثا فانه لا يمكنه وطء الرابعة بدون حنث ، والثانى هو مول فى الحال من الجميع وهو قول القاضى فى خلافه وابن عقيل فى عمده ، وقال هو ظاهر كلام أحمد ومأخذ الخلاف أن الحكم المعلق بالهيئة الاجتماعية هل هو حكم على مايتم به مسماها حنث أو على مجموع الاجزاء فى حالة الاجتماع دون الانفراد فعلى الثانى يكون موليا من الجميع ويتوقف حنثه بوطء كل واحدة على وطىء البواقى معها (ومنها) اذا زنى بامرأة وله اربع نسوة ففى التعليق للقاضى يمنع من وطء الاربع حتى يستظهر بالزانية حمل واستبعده الشيخ مجد الدين وهو كما قال لان التحريم هنا لاجل الجمع بين خمس فيكفى فيه ان يمسك عن [وطء] واحدة منهن لاحتى تستبرىء وصرح به صاحب الترغيب ، وقد ذكر صاحب المغنى مثله فيمن اسلم على خمس نسوة ففارق واحدة فانه يمسك عن وطء واحدة منهن حتى تستبرىء المفارقة (ومنها) إذا تزوج خمسا أو أختين فى عقد واحد فالنكاح باطل لأن الجميع حصل به ولا مزية للبعض على البعض فيبطل بخلاف ما اذا تزوجهن فى عقود متفرقة وذكر القاضى فى خلافه احتمالا بالقرعة فيما إذا زوج الوليان من رجلين دفعة واحدة وهذا مثله ولكن هذا لعلة تخالف الاجماع قاله الشيخ مجد الدين ولكنه يعتضد بالرواية التى نقلها ابن أبى موسى فيمن قال لعبيده أيكم جاءنى بخبر كذا وكذا فهو حر فأتاه به اثنان معا عتق واحد منهما بالقرعة ، وكذلك لو قال

أول غلام يطلع على فهو حر أو أول امرأة تطلع على فهى طالق فطلع عليه عبيده كلهم ونساؤه كلهن أنه يطلق ويعتق واحد منهم بالقرعة نص عليه فى رواية مهنا وأقره القاضى وصاحب المغنى فى موضع منه على ظاهره وتأولا مرة على أنهم طلعوا واحدا بعد واحد وأشكل السابق وهذا هو الأظهر لأنه اجتهاد وغيره بعيد، وأما إن كان لبعضهم مزية فله صور :

(منها) إذا تزوج أما وبنتا فى عقد واحد ففيه وجهان : أحدهما يبطل النكاحان معاً وهو قول القاضى وابن عقيل وصاحب المغنى : والثانى يبطل نكاح الأم وحدها حكاه صاحب الكافى وجزم به صاحب المحرر لأن نكاح البنت لا يمنع نكاح الأم اذا عرى عن الدخول بخلاف العكس فكان نكاح الأم أولى بالابطال (ومنها) لو أسلم الكافر على أم وبنت لم يدخل بواحدة منهما فالمذهب أنه ينفسخ نكاح الأم وحدها وتحرم عليه على التأبيد ويثبت نكاح البنت نص عليه [أحمد] فيما ذكره القاضى فى خلافه واتفق الأصحاب عليه وبناه القاضى على أن انكحة الكفار صحيحة فاذا صح النكاح فى البنت صارت امها من امهات نسائه فحرمت عليه، قال ولو لم يكن صحيحا فيها كان له ان يختار أيهما شاء وهذا يخالف ماقرره فى الجامع الكبير ان العقد الفاسد فى النكاح يحرم ما يحرمه الصحيح وهذا النكاح غايته انه فاسد لأنه مختلف فى صحته والمنصوص عن احمد فى رواية ابى طالب أنه يفرق بينه وبين الأم والبنت وقد حرمتا عليه وهذا محمول على ما إذا وجد الدخول بهما لأنه قال فى تمام هذه الرواية اذا كان تحته أختان فرق بينه وبين أحدهما، واذا كان تحته فوق أربع فرق بينه وبين الزيادة فدل على أنه لم يجعله كابتداء العقد (ومنها) لو تزوج كبيرة وصغيرة ولم يدخل بها حتى أرضعت الصغيرة فسد نكاح الكبيرة لمصيرها من أمهات نسائه وفى الصغيرة روايتان أحداهما يفسد نكاحها أيضا كمن عقد على أم وبنت ابتداء والثانية لا يبطل وهى أصح ومسئلة الجمع فى العقد قد سبق الخلاف فيها وعلى التسليم فيها فالفرق بينهما وبين مسئلتنا أن الجمع ههنا حصل فى الاستدامة دون الابتداء والدوام أقوى من الابتداء فهو كمن أسلم عن أم وبنت (ومنها) لو كان تحت ذمى أربع نسوة ثم استرق للحوقه بدار الحرب أو غيره قال الشيخ مجد الدين يحتمل أن يتخير منهن اثنتين كما لو أسلم عبد وتحته أربع، ويحتمل أن يبطل نكاح الجميع كالرضاع الى الحادث المحرم للجمع (ومنها) لو تزوج حرة وأمة فى عقد وهو فاقد لشرط نكاح الاماء فانه يبطل نكاح الأمة وحدها على الأصح لأن الحرة تمتاز عليها بصفة ورود نكاحها عليها فى مثل هذه الحال ولا عكس، وللثالث وهو المنع من القدر المشترك أمثلة :

(منها) لو قال لزوجاته والله لا وطئت احداكن ناويا بذلك الامتناع من وطء مسمي احداهن

وهو القدر المشترك بين الجميع فيكون موليا من الجميع مع أن العموم يستفاد أيضا من كونه مفردا مضافا اما لو قال لا وطئت واحدة منكن فالمذهب الصحيح أنه يعم الجميع وهو قول القاضى والأصحاب بناء على أن النكرة فى سياق النفى يفيد العموم وحكى القاضى عن أبى بكر أنه يكون موليا من واحدة غير معينة وأخذه من قوله اذا آلى من واحدة منهن وأشكلت عليه أخرجت بالقرعة ولا يصح هذا الأخذ كما لايخفى وحكى صاحب المغنى عن القاضى كذلك والقاضى مصرح بخلافه فانه قال هو إيلاء من الجميع رواية واحدة لكنه قال متى وطىء واحدة منهن انحلت يمينه من الكل بخلاف ما اذا قال لاوطئت كل واحدة منكن أو لا وطئتكن فانه إذا وطىء واحدة منهن حنث وبقى الايلاء من البواقى، وان لم يحنث بوطئهن لأن حقهن من الوطء لم يستوف، والفرق بين الصور الثلاث أن قوله لاأطأ كل واحدة منكن ولا أطأ كن فى قوة أيمان متعددة لإضافته إلى متعدد بخلاف قوله لاأطأ واحدة منكن فانه مضاف إلى مفرد منكن موضوع بالاصالة لنفى الوحدة وعمومه عموم بدل لاشمول فاليمين فيه واحدة فتنحل بالحنث بوطء واحدة ولكن مقتضى هذا التفريق أن تتعدد الكفارة فى الصورتين الأولتين بوطء كل واحدة وهو قياس احدى الروايتين فى الظهار من نسائه بكلمة واحدة ان الكفارة تتعدد ويمكن أن يقال النكرة فى سياق النفى ان قيل انها تعم بوضعها كما تعم صيغ الجموع فالصور الثلاث متساوية، وان قيل ان عمومها جاء ضرورة نفى الماهية فالمنفى بها واحد لا تعدد فيه وهو الماهية المطلقة فيتجه تفريق القاضى المذكور والله اعلم (ومنها) اذا قال ان خرجتى من الدار مرة بغير إذنى فانت طالق ونوى بذلك بين المرات اقتضى العموم بغير اشكال وان أطلق فقال القاضى فى خلافه تتقيد(١) يمينه بمرة واحدة ، وسلم انه لو اذن لها مرة فخرجت باذنه ثم خرجت بعد ذلك بغير إذنه لم تطلق ، وخالفه ابو الخطاب وابن عقيل فى خلافهما وهو الحق ثم اختلف المأخذ ، فقال ابن عقيل ذكر المرة تنبيه على المنع من الزيادة عليها وظاهر كلام ابى الخطاب ان العموم اتى من دخول النكرة فى الشرط ولا حاجة إلى ذلك كله فان اليمين عندنا انما تنحل بالحنث ولو خرجت مائة مرة باذنه لم تنحل اليمين بذلك عندنا والمحلوف عليه قائم وهو خروجها مرة بغير اذنه فمتى وجد ترتب عليه الحنث

﴿ القاعدة العاشرة بعد المائة ﴾

من ثبت له أحد أمرين فان اختار أحدهما سقط الآخر، وان أسقط أحدهما أثبت الآخر ، وان

---

(١) فى نسختنا تنفيذ والتصويب عن ٧١١

امتنع منهما فان كان امتناعه ضرراً على غيره استوفى له الحق الأصلى الثابت له اذا كان مالياً ، وان لم يكن حقاً ثابتاً سقط وان كان الحق غير مالى الزم بالاختيار وان كان حقا واجباً له وعليه فان كان مستحقه غير معين حبس حتى يعينه ويوفيه ، وان كان مستحقه معيناً فهل يحبس ويستوفى منه الحق الذى عليه فيه خلاف ، وان كان حقاً عليه وأمكن استيفاؤه منه استوفى ، وان كان عليه حقان أصلى وبدل فامتنع من البدل حكم عليه بالأصل ويندرج تحت هذه القاعدة صور :

(منها) لو عفى مستحق القصاص عنه وقلنا الواجب له أحد أمرين تعين له المال ولو عفى عن المال ثبت له القود (ومنها) لو اشترى شيئاً فظهر على عيب فيه ثم استعمله استعمالا لا يدل على الرضا بامساكه لم يسقط حقه من المطالبة بالأرش عند ابن عقيل لأن العيب موجب لأحد شيئين إما الرد وإما الأرش فاسقاط أحدهما لا يسقط به الآخر ، وقال ابن أبى موسى والقاضى يسقط الأرش أيضا وفيه بعد (ومنها) لو أتاه الغريم بدينه فى محله ولا ضرر عليه فى قبضه فانه يؤمر بقبضه أو ابرائه فان امتنع قبضه له الحاكم وبرىء غريمه (ومنها) [لو] امتنع الموصى له من القبول والرد حكم عليه بالرد وسقط حقه من الوصية (ومنها) لو تحجر مواتاً وطالت مدته ولم يحيه ولم يرفع يده عنه فان حقه يسقط منه (ومنها) لو أسلم على أختين أو أكثر من أربع نسوة وامتنع من الاختيار حبس وعزر حتى يختار (ومنها) لو أخرت المعتقة تحت عبد الاختيار حتى طالت المدة اجبرها الحاكم على اختيار الفسخ أو الاقامة بالتمكين من الاستمتاع (ومنها) لو أبى المولى بعد المدة أن يفىء أو يطلق فروايتان احداهما يحبس حتى يفىء أو يطلق والثانية يفرق الحاكم بينهما (ومنها) لو حل دين الرهن وامتنع من توفيته وليس ثم وكيل فى البيع باعه الحاكم ووفى الدين منه (ومنها) لو ادعى عليه فانكر وطلب منه اليمين فنكل عنها قضى بالنكول وجعل مقراً لأن اليمين بدل عن الاقرار وعن النكول فاذا امتنع من البدل حكم عليه بالاصل (ومنها) لو نكل المدعى عليه عن الجواب بالكلية فان كانت الدعوى مما يقضى فيها بالنكول فهل يقضى عليه به هاهنا أم يحبس حتى يجيب على وجهين ، وان كانت مما لا يقضى فيها بالنكول كالقتل والحد فهل يحبس حتى يقر أو يخلى سبيله على وجهين

﴿ القاعدة الحادية عشر بعد المائة ﴾

اذا كان الواجب بسبب واحد أحد شيئين فقامت حجة يثبت بها أحدهما دون الآخر فهل يثبت أم لا ؟ على روايتين ويخرج عليهما مسائل :

(منها) اذا قلنا موجب قتل العمد أحد شيئين فاذا ادعى أولياء المقتول على ولى القاتل فى القسامة

فنكل فهل يلزمه الدية على روايتين (ومنها) لو ادعى جراحة عمـــداً على شخص وأتى بشاهد وامرأتين فهل تلزمه ديتها على روايتين والصحيح فيها عدم وجوب الدية لئلا يلزم أن يجب بالقتل الدية عيناً وأما ان قلنا أن موجب القتل القصاص عيناً فالدية بدل فلا يجب بما لا يجب به المبدول (ومنها) شهد رجل وامرأتان بقتل عبد عبداً عمداً فهل يثبت بذلك غرم قيمة العبد دون القود على روايتين حكاهما صاحب المحرر ، وذكر أن رواية وجوب القيمة رواها ابن منصور . وتأملت رواية ابن منصور فاذا ظاهرها أن القاتل كان حراً فلا يكون جنايته موجبة للقود، فلا تكون المسألة من هذا القبيل بل من نوع آخر وهو اذا كانت الجناية موجبة للمال عيناً وقامت بها بينة يثبت بها المال دون أصـــل الجناية فهل يجب بها المال على روايتين، كما لو كانت الجناية خطأ أو عمداً يوجب المال دون القود وأتى عليها بشاهد وامرأتين أو ادعى قتل كافر فى الصف وأتى بشاهد وحلف معه فهل يستحق بذلك سلبه على الروايتين

﴿القاعدة الثانية عشر بعد المائة﴾

اذا اجتمع للمضطر محرمان كل منهما لا يباح بدون الضرورة وجب تقديم أخفهما مفسدة وأقلها ضرراً لأن الزيادة لا ضرورة اليها فلا يباح ، ويتخرج على ذلك مسائل :

(منها) اذا وجد المحرم صيداً وميتة فانه يأكل الميتة نص عليه أحمد لأن فى أكل الصيد ثلاث جنايات صيده وذبحه وأكله، وأكل الميتة فيها جناية واحدة ، وعلى هذا فلو وجد لحم صيد ذبحه محرم وميتة فانه يأكل لحم الصيد قاله القاضى فى خلافه لأن كلا منهما فيه جناية واحدة ويتميز الصيد بالاختلاف فى كونه مذكى وفى هذا نظر فان أكل الصيد جناية على الاحرام ولهذا يلزمه بها الجزاء عند الحنفية وهو مستغنى عن ذلك بالأكل من الميتة ثم وجدت أبا الخطاب فى انتصاره اختار أكل الميتة وعلله بما ذكرنا، ولو وجد بيض صيد فظاهر كلام القاضى أنه يأكل الميتة ولا يكسره ويأكله لأن كسره جناية كذبح الصيد (ومنها) نكاح الاماء والاستمناء كلاهما انما يباح للضرورة ويقدم نكاح الاماء كما نص عليه ابن عباس لأنه مباح بنص والآخر متردد فيه، وقال ابن عقيل فى مفرداته الاستمناء أحب الى من نكاح الأمة. وفيه نظر وأما نكاح الاماء ووطء المستحاضة فقال ابن عقيل انما يباح وطء المستحاضه عند خوف العنت وعدم الطول لنكاح غيرها ، وظاهر هـذا أن نكاح الاماء مقدم عليه ، ويتوجه بما ذكرنا من النص على اباحة نكاح الاماء دون وطء المستحاضة فانه فى معنى وطء الحائض لكونه دم أذى (ومنها) من أبيح له الفطر لشبقه فلم يمكنه الاستمناء

واضطر الى الجماع فى الفرج فله فعله فان وجد زوجة مكلفة صائمة وأخرى حائضة ففيه احتمالان ذكرهما صاحب المغنى أحدهما وطء الصائمة أولى لأن أكثر مافيه أنها تفطر لضرر غيرها وذلك جائز لفطرها لأجل الولد، وأما وطىء الحائض فلم يعهد فى الشرع جوازه فانه حرم للأذى ولا يزول الأذى بالحاجة اليه : والثانى يخير لتعارض مفسدة وطء الحائض من غير افساد عبادة عليها وافساد صوم الطاهرة والأول هو الصحيح لما ذكرنا من اباحة الفطر لأسباب دون وطء الحائض (ومنها) اذا ألقى فى السفينة نار واستوى الأمران فى الهلاك أعنى المقام فى النار والقاء النفوس فى الماء فهل يجوز القاء النفوس فى الماء أو يلزم المقام على روايتين ، والمنقول عن أحمد فى رواية مهنا أنه قال أكره طرح نفوسهم فى البحر وقال فى رواية أبى داود يصنع كيف شاء قيل له هو فى اللج لا يطمع فى النجاة قال لا أدرى فتوقف ورجح ابن عقيل وغيره وجوب المقام مع تيقن الهلاك فيها لئلا يكون قاتلا لنفسه بخلاف ما اذا لم يتيقنوا ذلك لاحتمال النجاة بالالقاء

﴿ القاعدة الثالثة عشر بعد المائة ﴾

اذا وجدنا جملة ذات أعداد موزعة على جملة أخرى ، فهل يتوزع أفراد الجمل الموزعة على أفراد الأخرى أو كل فرد منها على مجموع الجملة الأخرى ، هذه على قسمين : الاول أن توجد قرينة تدل على تعيين أحد الأمرين فلا خلاف فى ذلك . فمثال مادلت القرينة فيه على توزيع الجملة على الجملة الاخرى - فيقابل كل فرد كامل بفرد يقابله إما لجريان العرف أو دلالة الشرع على ذلك ، وإما لاستحالة ما سواه أن يقول لزوجتيه ان اكلتما هذين الرغيفين ، فانتما طالقتان ، فاذا أكلت كل واحدة منهما رغيفا طلقت لاستحالة أكل كل واحدة للرغيفين أو يقول لعبديه ان ركبتما دابتيكما أو لبستما ثوبيكما أو تقلدتما سيفيكما أو اعتقلتما رمحيكما أو دخلتما بزوجتيكما فانتما حران ، فمتى وجد من كل واحد ركوب دابته أو لبس ثوبه أو تقلد سيفه أو رمحه أو الدخول بزوجته ترتب عليهما العتق لأن الانفراد بهذا عرفى وفى بعضه شرعى فيتعين صرفه الى توزيع الجملة على الجملة ذكره فى المغنى . ومثال مادلت القرينة فيه على توزيع كل فرد من أفراد الجملة على جميع افراد الجملة الأخرى أن يقول رجل لزوجتيه ان كلمتما زيدا أو كلمتما عمروا فانتما طالقتان فلا يطلقان حتى تكلم كل واحدة منهما زيدا وعمروا

القسم الثانى : ان لا يدل دليل على ارادة احد التوزيعين فهل يحمل التوزيع عند هذا الاطلاق على الأول او الثانى فى المسئلة خلاف والاشهر أنه يوزع كل من أفراد الجملة على جميع أفراد الجملة الأخرى اذا أمكن وصرح بذلك القاضى وابن عقيل وأبو الخطاب فى مسئلة الظهار من نسائه بكلمة

واحدة . وكذلك لايذكر الخلاف إلافى بعض الصور ويجب طرده فى سائرها مالم يمنع منه مانع ولذلك أمثلة كثيرة (فمنها) قوله صلى الله عليه وسلم فى تعليل مسحه الخفين (انى ادخلتهما وهما طاهرتين) هل المراد أنه ادخل كل واحدة من قدميه الخفين و كل واحدة منهما طاهرة أو المراد أنه أدخل كل القدمين الخفين و كل قدم فى حال ادخالها طاهرة. وينبنى على ذلك مسئلة ما اذا غسل احدى رجليه ثم أدخلها الخف ثم غسل الأخرى وأدخلها الخف فعلى التوزيع الاول وهو توزيع المفرد على الجملة لايجوز المسح لأنه فى حال ادخال الرجل الأولى الخف لم يكن الرجلان طاهرتين وعلى الثانى وهو توزيع المفرد على المفرد يصح ، وفى المسئلة روايتان عن أحمد ولكن القائل بان الحدث الاصغر لايتبعض وأنه لايرتفع الا بعد استكمال الطهارة يمنع طهارة الرجل الأولى عند دخولها الخف نعم وجدت طهارتهما عند استكمال لبس الخفين وذلك من باب توزيع الجملة على الجملة (ومنها) مسئلة مد عجوة وهى قاعدة عظيمة مستقلة بنفسها فلنذكر هاهنا مضمونها ملخصا فنقول : اذا باع ربويا بجنسه ومعه من غير جنسه من الطرفين أو أحدهما كمد عجوة ودرهم بمد عجوة ودرهم أو مد عجوة ودرهم بمدى عجوة أو بدرهمين ففيه روايتان أشهرهما بطلان العقد وله مأخذان أحدهما وهو مسلك القاضى وأصحابه أن الصفقة اذا اشتملت على شيئين مختلفى القيمة يقسط الثمن على قيمتهما وهذا يؤدى ههنا إما الى يقين التفاضل وإما الى الجهل بالتساوى وكلاهما مبطل للعقد فى أموال الربا . وبيان ذلك: أنه اذا باع مدا يساوى درهمين ودرهما بمدين يساويان ثلاثة دراهم كان الدرهم فى مقابلة ثلثى مد ويبقى مد فى مقابلة مد وثلث وذلك ربا وكذلك اذا باع مداً يساوى درهما ودرهمين بمدين يساوين ثلاثة دراهم فانه يتقابل الدرهمان بمد وثلث مد ويبقى ثلثا مد فى مقابلة مد(١) وأما ان فرض التساوى كمد يساوى درهما(١) ودرهم بمد يساوى درهما ودرهم فان التقويم ظن وتخمين فلا يتعين معه المساواة والجهل بالتساوى ههنا كالعلم بالتفاضل فلو فرض ان المدين من شجرة واحدة أو من زرع واحد وان الدرهمين من نقد واحد ففيه وجهان ذكرهما القاضى فى خلافه احتمالين أحدهما الجواز لتحقق المساواة والثانى المنع لجواز أن يتغير أحدهما قبل العقد فتنقص قيمته وحده وصحح أبو الخطاب فى انتصاره المنع قال لأنا لانقابل مدا بمد ودرهما بدرهم بل نقابل مدا بنصف مد ونصف درهم وكذلك لو خرج مستحقا لاسترد ذلك وحينئذ فالجهل بالتساوى قائم ، هذا ماذكره فى تقرير هذه الطريقة . وهو عندى ضعيف لأن المنقسم(٢) هو قيمة الثمن على قيمة

(١)-(١) فى الاصل الذى بيدنا بياض مقدار كلمتين فى المكانين واما فى نسختى الدار فلا بياض .

(٢) فى ٧١١ لأن التقسيم

المثمن [لاجراء احدهما على قيمة الآخر ففيما اذا باع مدا يساوى درهمين ودرهما بمدين يساويان ثلاثة لانقول درهم مقابل بثلثى مد بل نقول ثلث الثمن مقابل بثلث المثمن فنقابل ثلث المدين بثلث مد وثلث درهم ونقابل ثلثا المدين بلثى مد وثلثى درهم فلا تنفك مقابلة كل جزء من المدين بجزء من المد والدرهم (١)] مقابل لثلث المثمن فيقابل ثلث المدين ثلث مد وثلث درهم ويقابل ثلثا المدين بثلثى مد وثلثى درهم فلا ينفك مقابلة كل جزء من المدين بجزء من المد والدرهم . ولهذا لو باع شقصاً وسيفاً بمائة درهم وعشرة دنانير لأخذ الشفيع الشقص بحصته من الدراهم والدنانير ، نعم ، نحتاج الى معرفة مايقابل الدرهم أو المد من الجملة الأخرى اذا ظهر احدهما مستحقا أو رد بعيب أو غيره ليرد ماقابله من عوضه حيث كان المردود ههنا معيناً مفرداً ، اما مع صحة العقد فى الكل واستدامته فانا نوزع أجزاء الثمن على أجزاء المثمن بحسب القيمة وحينئذ فالمفاضلة المتيقنة كما ذكروه منتفية وأما ان المساواة غير معلومة فقدت (٢) فى بعض الصور كما سبق . والمأخذ الثانى أن ذلك ممنوع سداً لذريعة الربا فان اتخاذ ذلك حيلة على الربا الصريح واقع كبيع مائة درهم فى كيس بمائتين جعلا للمائة فى مقابلة الكيس وقد لايساوى درهما فمنع ذلك وان كانا مقصودين حسما لهذه المادة ، وفى كلام أحمد إيماء الى هذا المأخذ والرواية الثانية يجوز ذلك بشرط أن يكون مع الربوى من غير جنسه من الطرفين أو يكون مع احدهما ولكن المفرد أكثر من الذى معه غيره نص عليها احمد فى رواية جماعة جعلا لغير الجنس فى مقابلة الجنس وفى مقابلة الزيادة ، ومن المتأخرين كالسامرى من يشترط فيما اذا كان مع كل واحد من غير جنسه من الجانبين التساوى جعلا لكل جنس فى مقابلة جنسه وهو أولى من جعل الجنس فى مقابلة غيره لاسيما مع اختلافهما فى القيمة وعلى هذه الرواية فانما يجوز ذلك مالم يكن حيلة على الربا وقد نص احمد على هذا الشرط فى رواية حرب ولا بد منه . وعلى هذه الرواية يكون التوزيع ههنا للافراد على الافراد وعلى الرواية الاولى هو من باب توزيع الافراد على الجمل أو توزيع الجمل على الجمل ، وللاصحاب فى المسألة طريقة ثانية . وهو أنه لايجوز بيع المحلى بجنس حليته قولا واحداً ، وفى بيعه بنقد آخر روايتان ويجوز بيعه بعرض رواية واحدة وهى طريقة أبى بكر فى التنبيه وابن أبى موسى والشيرازى وأبى محمد التميمى وأبى عبد الله الحسين الهمدانى فى كتابه المقتدى ، ومن هؤلاء من جزم بالمنع من بيعه بنقد من جنسه وغير جنسه كأبى بكر فى التنبيه ، وقال الشيرازى الاظهر المنع ومنهم من جزم بالجواز فى بيعه بغير جنسه كالتميمى ومنهم من حكى الخلاف كابن أبى موسى ونقل

(١) الزيادة التى بين المربعين من نسخة ٧١١ (٢) بياض فى ٧١١

البرزاطى(١) عن أحمد مايشهدلهذهالطريقة فى حلى صنع من مائة درهم فضة ومائةنحاس أنه لايجوز بيعه كله بالفضة ولا بالذهب ولابوزنه من الفضة والنحاس ولايجوز بيعه حتى يخلص الفضة من النحاس وبيع كل واحد منهما وحده ،وفى توجيه هذه الطريقة غموض وحاصله أن بيع المحلى بنقد من جنسه قبل التمييز والتفصيل بينه وبين حليته يؤدى الى الربا لأنه بيع ربوى بجنسه من غير تحقق مساواة لأن بعض الثمن يقابل العرض فيبقى الباقى مقابلا للربوى ولا تتحقق مساواته واما مع تمييز الربوى ومعرفة مقداره فانما منعوا [منه] اذا ظهرفيه وجه الحلية(٢)أو كان التفاضل فيه متيقناً كبيع عشرة دراهم مكسورة بثمانية صحاح وفلسين أو الف صحاح بالف مكسورة وثوب أو الفا صحاحاً ودينار بالف ومائة مكسورة هكذا ذكره ابن ابى موسى واما بيعه بنقد آخر أو بربوى من غيرجنسه ولكن علةالربا فيها واحدة فالخلاف فيه مبنى على الخلاف فى بيع الموزونات والمكيلات بعضها ببعض جزافاً وفى جوازه روايتان واختيار أبى بكر وابن أبى موسى والقاضى فى خلافه المنع وعللوه بأنه لو استحق أحدهما لم يدر بما يرجع على صاحبه فيؤدى الى الربا من جهة العقد وهكذا علل أهل هذه الطريقة المنع فى هذه المسألة وفيه ضعف فان المستحق لم يصح العقد فيه وعوضه ثابت فى الذمة فيجوز المصالحة عنه كسائر الديون المجهولة وهذا الخلاف يشبه الخلاف فى اشتراط العلم برأس مال السلم وضبط صفاته وأنه اذا أسلم فى جنسين لم يجز حتى يبين قسط كل واحد منهما فان السلم والصرف متقاربان وهذا كله فى الجنسين . فاما بيع نوعى جنس بنوع منه ففيه طريقان : أحدهما أن حكم نوعى الجنس حكم الجنسين وهوطريق القاضىوأصحابه نظراً الى توزيع العوض بالقيمةفيؤدىذلك هاهناالى تعين المفاضلة وليس ههنا شئ من غير الجنس يجعل فى مقابلةالفاضل : والثانى الجواز ههنا وهو طريقأبى بكر ورجحهصاحب المغنىوالتلخيص نظراً إلىأن الجودة والرداءة لا تعتبرفى الربويات مع اتحاد النوع فكذا فى الجنس الواحد، والتقسيط إنما يكون فى غير أموال الربا أوفى غير الجنس بدليل مالو باع نوعاً بنوع يشتمل على جيدوردىء فان المذهب جوازه ولكن ذكرأبو الخطاب فى انتصاره فيه احتمالا بالمنع، ونقل ابن القاسم عن أحمد ان كان نقداً لم يجز فان كان ثمرا جاز ،والفرقأن أنواع الثمار يكثر اختلاطها ويشق تمييزها بخلاف أنواع النقود وهذا كله فيما اذا كان الربوى مقصوداً بالعقد فان كان غير مقصودبالاصالة وانما هو تابع لغيره فهذا ثلاثةانواع : احدهـــا مالا يقصدعادة ولا يباع مفردا كتزويقالدار ونحوه فلا يمنع من البيع بجنسه بالاتفاق : والثانى مايقصد تبعا لغيره وليس اصلا

(١) فى ٧١١ : البرباطى (٢) فى ٧١١ الحيلة

لمال الربا كبيع العبد ذى المال بمال من جنسه اذا كان المقصود الأصلى هو العبد وفيه ثلاثة طرق ، احدها انه يصح رواية واحدة سواء قلنا ان العبد يملك أولا يملك وهى طريقة ابى بكر والخرقى والقاضى فى خلافه وابن عقيل فى موضع من فصوله وصاحب المغنى وهى المنصوصة عن احمد ، والثانية البناء على ملك العبد فان قلنا يملك يصح لأن المال ملك العبد فليس بداخل فى عقد البيع كمال المكاتب لايدخل معه فى بيعه وان قلنا لايملك اعتبر له شروط البيع وهى طريقة القاضى فى المجرد وأبى الخطاب فى انتصاره ، والثالثة طريقة صاحب المحرر ان قلنا لايملك اعتبر له شروط البيع وان قلنا يملك فان كان مقصودا اعتبر له ذلك والا فلا . وأنكر القاضى فى المجرد أن يكون القصد وعدمه معتبرا فى صحة العقد فى الظاهر وهو عدول عن قواعد المذهب وأصوله : النوع الثالث مالا يقصد وهو تابع لغيره وهو أصل لمال الربا اذا أبيع بما فيه منه وهو ضربان : أحدهما ان يمكن افراد التابع بالبيع كبيع نخلة عليها رطب برطب وفيه طريقان : احدهما وهو طريق القاضى فى المجرد المنع لأنه مال مستقل بنفسه فوجب اعتبار احكامه بنفسه منفردا عن حكم الاصل : والثانى الجواز وهى طريقة ابى بكر والخرقى وابن بطه والقاضى فى الخلاف كما سبق فى بيع العبد ذى المال ، واشترط ابن بطة وغيره ان يكون الرطب غير مقصود ولذلك شرط فى بيع النخلة التى عليها ثمر لم يبد صلاحه أن يكون الثمر غير مقصود ونص أحمد عليه فى رواية ابراهيم بن الحارث والاثرم . وتاوله القاضى لغير معين(١) ومعنى قولنا غير مقصود أى بالاصالة وانما المقصود فى الاصلى الشجر والثمر مقصود تبعاً : والضرب الثانى أن لايكون التابع مما لايجوز افراده بالبيع كبيع شاة لبون بلبن أو ذات صوف بصوف وبيع الثمر بالنوى فيجوز ههنا عند القاضى فى المجرد وابن حامد وابن أبى موسى ومنع منه أبو بكر والقاضى فى خلافه ، وقد حكى فى المسألة روايتان عن أحمد ولعل المنع يتنزل على ما إذا كان الربوى مقصوداً والجواز على عدم القصد وقد صرح باعتبار عدم القصد ابن عقيل وغيره ويشهد له تعليل الأصحاب كلهم الجواز بانه تابع غير مقصود ، واعلم أن هذه المسألة (٢) منقطعة عن مسائل مد عجوة وان القول بالجواز فيها لايتقيد بزيادة المفرد على ما معه . وقد نص أحمد فى بيع العبد الذى له مال بمال دون الذى معه وقاله القاضى فى خلافه فى مسألة العبد والنوى بالثمر وكذلك المنع فيها مطلق عند الاكثرين ، ومن الأصحاب من خرجها أو بعضها على مسائل مد عجوة ففرق بين أن يكون المفرد أكثر من الذى معه غيره أولا وقد صرح به طائفة من الأصحاب كأبى الخطاب وابن عقيل فى مسألة العبد ذى المال وكذلك حكى أبو الفتح

(١) في ٧١١ لغير معني (٢) في الاصل (المسالة يل) ولعله يريد المسائل .

الحلوانى رواية فى بيع الشاة ذات الصوف واللبن بالصوف واللبن أنه يجوز بشرط أن يكون المفرد أكثر ممافى الشاة من جنسه ولعل هذا مع قصد اللبن والصوف بالاصالة والجواز مع عدم القصد فيرتفع الخلاف حينئذ والله أعلم . وان حمل على اطلاقه فهو متنزل على ان التبعية هاهنا لاعبرة بها وان الربوى التابع لغيره فهو مستقل بنفسه (ومنها) اذا باع رجل عبدين له من رجلين بثمن واحد فان المبيع يقع شائعاً بينهما فيكون لكل واحد منهما نصف كل عبد ، ولا يتخرج هنا وجه آخر أن يكون لكل واحد عبد لأنه يلزم من ذلك عدم تعيين المبيع فيفسد البيع، نعم لو كان العقد مما يصح به مبهما كالوصية والمهر والخلع توجه هذا التخريج فيه. ولو أقر لرجل بنصف عبدين ثم فسره بعبد معين قبل بخلاف ماإذا أقر له بنصف هذين العبدين ثم فسره باحدهما ذكره صاحب الترغيب لأن الأول مطلق فيصح تفسيره بمعين كما لو قال لزوجته أنت طالق نصف تطليقتين فانها تطلق واحــدة وأما اذ أوصى له بثلث ثلاثة أعبد ثم استحق منهم اثنان فهل يستحق ثلث الباقى أو كله فيه وجهان . وهذا قد يتوهم منه قبول التفسير بعبد مفرد مع التعيين وليس كذلك بل ماخذ هذين الوجهين أنه هل يدخل العبيد ونحوهم قسمة الاجبار أم لا ؟ وفيه وجهان والمنصوص دخولها .

(ومنها) اذا رهنه اثنان عينين او عينا لهما صفقة واحدة على دين له عليهما مثل أن يرهناه دارا لهما على ألف درهم له عليهما ، نص أحمد فى رواية مهنا على ان احدهما اذا قضى ماعليه ولم يقض الآخر أن الدار رهن على مابقى . فظاهر هذا أنه جعل نصيب كل واحد [رهنا] بجميع الحق توزيعا للمفرد على الجملة لا على المفرد وبذلك جزم أبو بكر فى التنبيه وابن أبى موسى وأبو الخطاب وهو المذهب عند صاحب التلخيص . قال القاضى : هذا بناء على الرواية التى تقول إن عقد الاثنين مع الواحد فى حكم الصفقة الواحدة ، أما اذا قلنا بالمذهب الصحيح أنهما فى حكم عقدين كان نصيب كل واحد مرهونا بنصف الدين قال ويجوز ان يكون كل واحد منهما لما رهن صار كفيلا عن صاحبه فلا ينفك الرهن فى نصيبه حتى يؤدى بجميع ماعليه وتاوله [أيضا] فى موضع آخر على ان كل واحد منهما كان كفيلا عن صاحبه فاذا قضى احدهما لم ينفك حقه من الرهن لأنه مطالب بما ضمنه قال واما ان لم يضمن كل واحد منهما ماعلى صاحبه فله الرجوع بقدر حصته وليس فى كلام احمد مايدل على الضمان وقد نبه على ذلك الشيخ مجد الدين وقال على هذا يصح الرهن ممن ليس الدين عليه وعلى الأول لايصح ، وتأول القاضى ايضا فى المجرد وابن عقيل وصاحب المغنى كلام احمد على ان الرهن انفك فى نصيب الموفى للدين لكن ليس للراهن مقاسمة المرتهن

لما عليه من الضرر لا لمعنى ان المعين يكون كلها رهناً (١) وبمثل ذلك تأول صاحب المغنى ماقاله ابو الخطاب والحلوانى وغيرهما فيمن رهن عند رجلين فوفا احدهما انه يبقى جميعه رهنا عند الآخر وتأوله على المنع من المقاسمة وهو ضعيف لوجهين : احدهما ان احمد نص على ان الدار رهن على مابقى ؛ والثانى ان انفكاك احد النصيبين وقبض صاحبه له لايتوقف على المقاسمة فان الشريك يقبض نصيبه المشترك من غيراقتسام ويكون قبضا صحيحا اذ القبض يتأتى فى المشاع ، ويشبه هذه المسالة ما اذاكاتب عبدين له صفقة واحدة بعوض واحد ثم أدى احدهما حصته من الكتابة هل يعتق ام لا ؟ على وجهين : احدهما يعتق وهو اختيار القاضى واصحابه لأنه ادى مايخصه فهو كما لو ادى احد المشتريين حصته من الثمن فانه يتسلم نصيبه تسليما(٢) مشاعاً عند الأصحاب وماذكره فى المغنى من منع التسليم فى هذه المسألة فهو يرجع الى أنه لايتسلم العين كلها وهذا صحيح وقد صرح به القاضى فى الخلاف والجامع الصغير : والوجه الثانى أنه لايعتق واحد منهما حتى يؤديان جميع مال الكتابة وهو قول أبى بكر وابن أبى موسى ونقل مهناعن أحمد مايشهد له واختلفوا(٣) فى مأخذه فقيل لأن الكتابة عتق معلق بشرط فلايقع إلا بعد كمال شرطه وهو هاهنا أداءجميع المال وهذا بعيد(٤) على أصل أبى بكر لأنه يرى أن الكتابة عقد معاوضة محضة لاتعليق فيها بحال ، وقيل لأن كل واحد منهم كفيل ضامن عن صاحبه فلا يعتق حتى يؤدى جميع ماعليه ، وقيل لأنها صفقة واحدة فلا تتبعض وهذاقد يرجع الى الضمان أيضا كأنه التزم كل واحد منهما الألف عنه وعن صاحبه فيكون توزيعا للمفرد على الجملة إذ لو لم يلزم أحدهما أداء جميع المال [لما] وقف عتقه على أدائه . وقداختلف كلام القاضى وابن عقيل فى ضمان كل منهما عن الآخر فنفياه تارة وأثبتاه أخرى ، ونقل ابن منصور عن أحمد فى رجل له على قوم حق أنه كتب فى كتابهم أيهم شئت اخذت بحقى منه يأخذ أيهم شاء ومفهومه أن الغرماء لاضمان بينهم بدون الشرط بكل حال (ومنها) لووضع المتراهنان الرهن على يدى عدلين وكانا عينين منفردين أوكان مما يقسم كالمكيل والموزون فهل لهما انقسامه وانفراد كل واحد منهما بحفظ نصيبه (٥) أم لا على وجهين : أحدهما يجوز ذلك قاله القاضى فى المجرد توزيعا للمفرد على المفرد فيكون كل واحد منهما أمينا على نصفه وصرح القاضى بذلك ، وعلى هذا فلو دفع أحدهما النصف المقسوم الذى بيده الى الآخر فتلف فى يده فهل يضمنه على احتمالين ذكرهما القاضى لأنه انفرد به بعد القسمة

(١) فى نسخة ٧١١ مانصه من الضرر بمعنى ان العين تكون الخ . (٢) فى ٧١١ تسلما
(٣) وفيها : واختلف (٤) وفيها : يبعد (٥) فى ٧١١ نصفه

بخلاف ماإذا سلم الكل قبل القسمة فانه لايضمن كذا قال القاضى . وقال مرة أخرى : يضمن نصفه أيضا . والثانى لايجوز اقتسامه بل يتعين حفظه كله على كل واحد منهما مجتمعين وهو قول القاضى فى خلافه وابن عقيل وصاحب المغنى والتلخيص لأن المتراهنين انما رضيا بحفظهما جميعا فلايجوز لهما الانفراد كالوصيين والوكيل فى البيع وعلى هذا يخرج الوديعة لاثنين والوصية بالنسبة الى الحفظ خاصة دون التصرف فانه لا يستقل أحدهما بشئ منه . وقد روى عن أحمد ما يدل على جواز انفراد كل واحد منهما بنصف التصرف فنقل عنه حرب فيمن قال لرجلين تصدقا عنى بالفى درهم من ثاثى فاخذ كل واحد الفاً فتصدق بها على حدة ليكون اسهل عليهما فلم ير به بأساً. وهذا قد يختص بالصدقة لحصول المقصود منها بالانفراد بخلاف غيرها من التصرفات التى يقصد الحظ والغبطة والكسب . قال فى التلخيص ولو وكل اثنين فى المخاصمة لم يكن لواحد الاستبداد بها كالوصيين ووكيلى التصرف ويحتمل أن يكون له لأن العرف فى الخصومة يقتضيه بخلاف غيرها انتهى . وقال [القاضى] أيضا: ولو تعدد المعين فاحتمالان يعنى فى تعدد الصفقة واتحادها (ومنها) الضمان فاذا ضمن اثنان دية رجـــل لغريمه فهل كل واحد منهما ضامن لجميع الدين أو بالحصة على وجهين : أحدهما كل منهما ضامن للجميع نص عليه أحمد فى رواية مهنا فى رجل له على رجل الف درهم فكفل بها كفيلان كل واحد منهما كفيل ضامن فأيهما شاء أخذ جميع حقه منه وكذلك قال أبو بكر فى التنبيه (١) فيمن قال لرجل الق متاعك فى البحر على أنى وركبان السفينة ضمناء فالقاه ضمنه دونهم إلا أن يتطوعوا بالضمان معه ، وقد يكون مأخذ أبى بكر أن هذا من باب التغرير فانه انما القاه ضنا(٢) منه ان قيمته ترد عليه اعتمادا على قول هذا القائل فلذلك لزمه الضمان وعلى هذا فيفرق بين أن يكون صاحب المتاع عالماً بالحكم أو جاهلا [به] . والوجه الثانى أن الضمان بالحصة إلا أن يصرحوا بما يقتضى خلافه مثل أن يقولوا ضمنا لك ، وكل واحد منا الألف التى لك على فلان فان كل(٣) واحد يلزمه الألف حينئذ . وأما مع اطلاق ضمان الألف منهم بالحصة وهذا قول القاضى فى المجرد والخلاف وصاحب المغنى وذكر ابن عقيل فى المسألة احتمالين وبناه القاضى على أن الصفقة تتعدد بتعدد الضامنين فيصير الضمان موزعاً عليهما وعلى هذا فلو كان المضمون دينا متساوياً على رجلين فهل يقال كل واحد منهما ضامن لنصف الدينين أو كل منهما ضامن لأحدهما بانفراده؟ اذا قلنا بصحة ضمان المبهم يحتمل وجهين والأول أشبه بكلام الأصحاب وشبيه بهذه المسألة

(١) فى ١ ٧١ فى السفينة ولعله الصحيح (٢) كذا ولعله تصحيف ظناً منه (٣) فى نسختنا فان كان واحداً الخ . والتصحيح عن ٧١١

ماإذا كفل اثنان شخصا لآخر فسلمه أحدهما الى المكفول له فهل يبرأ الكفيل الآخر أم لا على وجهين : أشهرهما أنه لا يبرأ لأنهما كفالتان والوثيقتان اذا انحلت احداهما بغير توفية بقيت الأخرى كالضامنين اذا برئ(١) احدهما وهذا قول القاضي وأصحابه . والثاني يبرأ لأن التوفية قد وجدت بالتسليم فهو كما لو سلم المكفول نفسه أو وفى أحد الضامنين الدين وهو احتمال فى الكافى وقول الأزجى فى نهايته وهو ظاهر كلام السامرى فى فروقه وهو يعود الى انها كفالة واحدة والأظهر انهما ان كفلا كفالة الاشتراك فان قالا كفلنا لك زيداً نسلمه اليك فاذا سلمه احدهما برىء الآخر لأن التسليم الملتزم واحد فهو كأداء أحد الضامنين للمال ، وان كفلا كفالة انفراد واشتراك بأن قالا كل واحد منا كفيل لك بزيد فكل منهما ملتزم له احضاراً فلا يبرأ بدونه مادام الحق باقياً على المكفول فهو كما لو كفلا فى عقدين متفرقين وهذا قياس قول القاضى فى ضمان الرجلين للدين .

واعلم أن عقود التوثقات والأمانات اذا اشتملت على جمل فانه يمكن فيها توزيع أفراد الجملة أو اجزائها على أفراد الجملة المقابلة لها أو على أجزاء العين المقابلة لها فيقابل كل مفرد لمفرد أو كل مفرد لجزء أو كل جزء لجزء ، ويمكن توزيع كل فرد من الجملة على مجموع أفراد الجملة الأخرى أو أجزائها فيثبت الاشتراك بالاشاعة ويكون العقد على هذين الاحتمالين واحداً ويمكن أن يثبت حكم التوثقة والأمانة بكماله لكل فرد فرد فيكون هاهنا عقود متعددة وقد ذكرنا فى هذه المسائل التفريع على هذه الاحتمالات الثلاث : فاما عقود التمليكات فلا يتأتى فيها الاحتمال الثالث ولو قيل بتعدد الصفقة فيها بتعدد المتعاقدين لاستحالة أن يكون الملك ثابتا فى عين واحدة لمالكين على الكمال ، وانما يقع التردد فيها بين الاحتمالين الأولين . ويستثنى من ذلك صورتان : احدهما أن يوصى بعين لزيد ثم يوصى بها لعمرو ويقول ليس برجوع كما هو المشهور من المذهب فيكون كلا منهما مستحقا للعين بكمالها ويقع التزاحم فيشتركان فى قسمها ، فلو مات احدهما قبل الموصى أو رد لاستحقها الآخر بكمالها : والثانية أن يقف على قوم معينين أو موصوفين ثم على آخرين بعدهم فان كل واحد من الطبقة الأولى مستحق لجميع الوقف بانفراده حتى لو لم يبق من الطبقة سواه لاستحق الوقف كله هكذا ذكره القاضى والاصحاب ، وقد نص عليه أحمد فى رواية يوسف ابن أبى موسى ومحمد بن عبيد الله المنادى فيمن وقف ضيعة على ولده وأولادهم(٢) وأولاد أولادهم أبداما تناسلوا فان حدث بواحد منهم حدث الموت دفع ذلك إلى ولده وولده يعنى الواقف وولد أولادهم يجرى ذلك عليهم ماتناسلوا وقد ولده هؤلاء القوم الذين وقف عليهم أولادهل يدخلون مع آبائهم

(١) فى ٧١١ إذا أبرأ (٢) فى الاصل وأولادهم وأولادهم (مرة بعد أخرى) والتصحيح عن ٧١١

فى القسمةأو يصيرهذا الشئ اليهم بعد الموت موت آبائهم ومن مات منهم ولم يخلف ولداً يرجع نصيبه إلى إخوته أم لا؟ قال يجرى ذلك على الولد وولد الولد يتوارثون ذلك حتى لايكون للميت ولد فيرد على الباقين من اخوته وظاهر كلامه أنه يكون ترتيب أفراد بين كل ولد ووالده لقوله يتوارثون ذلك. وجعل قول الواقف من مات عن ولد فنصيبه لولده مقتضيا لهذا الترتيب ومخصصا لعموم أول الكلام المقتضى للتشريك، وقد زعم الشيخ مجد الدين أن كلام القاضى فى المجرد يدل على خلاف ذلك وأنه يكون مشتركا بين الأولاد وأولادهم ثم يضاف الى كل ولد نصيب والده بعد موته، وليس فى كلام القاضى ما يدل على ذلك لمن راجعه وتأمله. وأما قوله حتى لا يكون للميت ولد فيرد على الباقين من اخوته فيعنى به ان من مات عن غير ولد فنصيبه لأخوته وهذا قد يدل لما ذكره الأصحاب ان من مات من طبقة انتقل نصيبه الى الباقين منها باطلاق الواقف وقد يقال لا دلالة فيه على ذلك لأن هذا الواقف وقف على ولده وولد ولده أبدا بالتشريك فلو تركنا هذا لشركنا بين البطون كلها لكنه استثنى من ذلك ان من مات عن ولد فنصيبه لولده ففهم منه أن الولد لايستحق مع والده فيبقى ماعداه داخلا فى عموم أول الكلام فاستحقاق الأخوة هاهنا متلقى من كلام الواقف ومثل هذا لانزاع فيه، انما النزاع فيما اذا لم يدل كلام الواقف عليه ولا يقال قد دل كلام الواقف عليه حيث جعله بعد تلك الطبقة لطبقة أخرى فلم يجعل للثانية حقا فيه مع وجود الأولى فدل على أن الأولى هى المستحقة مادامت موجودة لأنه قد يجاب عنه بان نفى استحقاق الثانية مع وجود الأولى لايدل على أن الأولى هى المستحقة لجميعه لجواز صرفه مصرف المنقطع إلا أن هذا بعيد من مقصود الواقف والاظهر من مقصوده ماذكرنا فعلى هذا يكون عوده الى بقية الطبقة مستفادا من معنى كلام الواقف ويشبه ذلك ما لو وقف على فلان فاذا انقرض أولاده فعلى المساكين فهل يكون بعد موت فلان لأولاده ثم من بعدهم على المساكين أو تصرف بعد موت فلان مصرف المنقطع حتى تنقرض أولاده ثم يصرف على المساكين على وجهين مذكورين فى الكافى والأول قول القاضى وابن عقيل، ولنا فى المسئلة مسلك آخر وهو أن يقال الوقف تحبيس للمال فى وجوه البر والموقوف عليهم هو المصرف المعين لاستحقاقه فلا يمنع أن يستحقه لكل واحد منهم بانفراده، ويقع التزاحم فيه عند الاجتماع بخلاف التمليكات المحضة فانه يستحيل أن يملك كل واحد من المملكين جميع ماوقع فيه التمليك، وهذا على قولنا ان الموقوف عليه لايملك عين الوقف أظهر ويتعلق بهذا من مسائل التوزيع ماإذا وقف على أولاده ثم على أولاد أولاده أبدا فهل يقال لاينتقل الى أحد من أولاد أولاده

الابعد انقراض جميع اولاده أو ينتقل بعد كل ولد الى والده؟ المعروف عند الأصحاب الأول وهو الذى ذكره القاضى وأصحابه ومن اتبعهم. وحكى الشيخ تقى الدين رحمه الله وجها آخر بالثانى ورجحه فعلى الاول يكون من باب توزيع الجملة على الجملة، وعلى الثانى يكون من باب توزيع المفرد على المفرد، ويشهد لهذا من كلام أحمد ما رواه عنه يوسف بن أبى موسى ومحمد بن عبيدالله المنادى(١) فى رجل أوقف ضيعة على أن لعلى بن اسمعيل ربع غلتها مادام حيا وربع منها لولد عبد الله وولد محمد وولد احمد بينهم بالسوية وان مات على بن اسماعيل فوزعوا هذين الربعين بين ولده وولد الثلاثة ففعلوا ذلك. ثم ان بعض ولد على بن اسمعيل مات وترك ولداً كيف نصنع بنصيبه يدفع الى ولده أو يرد على شركائه ولم يقل الميت ان مات على بن اسمعيل دفع إلى ولد ولده انما قال ولد على بن اسماعيل.. قال الامام أحمد يدفع ما جعل لولد على بن اسماعيل الى ولده فان مات بعض ولد على بن اسماعيل دفع إلى ولده أيضاً لانه قال بين ولد على بن اسماعيل وهذا من ولد على بن اسماعيل فدل هذا الكلام على أصلين أحدهما أن ولد الولد داخل فى مسمى الولد عند الاطلاق. والثانى أنه انما يستحقه ولد الولد بعد موت أبيه ويختص به دون طبقة أبيه المشاركين له حيث ذكر [ان] على بن اسماعيل توفى عن ولد وان بعض ولده توفى عن ولد ونقل الى هذا الولد نصيب أبيه مع وجود المشاركين للاب من اخوته، ووجه هذا أنه لما رتب بين على ابن اسمعيل وولده ولم يجعل لولده شيئاً إلا بعد موته فكذلك ينبغى أن يكون الترتيب بين ولده وولد ولده وهذا خلاف ماذكره الاصحاب من الوجهين فى كيفية استحقاق ولد الولد اذا قيل بدخوله فى مطلق الولد هل يستحق مع الولد مشركا أو بعد انقراض الولد كلهم مرتبا ترتيب طبقة على طبقة فان أحمد جعله مرتبا ترتيب أفراد بين كل ولد وولد ولده فيؤخذ من ذلك أن من وقف على أولاده ثم على أولادهم أبداً أن يكون مرتبا بين كل والد وولده وبين بقية طبقته، وقد يفرق بينهما بان الوقف ههنا أولا كان بين شخص وولده فروعى هذا الترتيب فى استحقاق ولده وولد ولده وليس فيه طبقة بعد طبقة ولكن سنذكر من كلام احمد فى مسئلة التدبير ما يحسن تخريج هذا الوجه منه ان شاء الله تعالى (ومنها) اذا علق طلاق نسائه أو عتق رقيقه على صفات متعددة فوجد بعضها من بعض وباقيها من بعض آخر فهل يكفى فى وقوع الطلاق والعتاق مع قطع النظر عن الحنث بوجود بعض الصفة فان للاصحاب فى الاكتفاء ببعض الصفة فى الطلاق والعتاق طرقاً ثلاثة، احداهن أنه يكتفى بها كما يكتفى بذلك فى الحنث فى اليمين وهى طريقة القاضى واستثنى فى الجامع من ذلك أن تكون

---

(١) تقدم اختلاف النسخ فى اسم أبيه والصحيح عبيد الله كما هنا.

الصفة معارضة . والثانية لايكتفى بها وان اكتفينا ببعض المحلوف عليه فى الحنث لأن هذا شرط ومشروط وعلة ومعلول فلا يترتب الأثر الا على تمام المؤثر وهى طريقة ابن عقيل وصاحب المغنى . والثالثة ان كانت الصفة تنتفى قطعاً او تبعا أو تصديقاً اوتكذيباً فهى كاليمين وإلا فهى علة محضة فلا بد من وجودها بكمالها وهى طريقة صاحب المحرر . والقاضى يفرع على اختياره فى هذه المسائل فقال فيما اذا قال لعبيده اذا اديتم الى الفاً فانتم احرار عتق كل واحد منهم باداء حصته ، وكذلك اذا قال لعبيده اذا دخلتم الدار فانتم أحرار عتق من دخل منهم لأن وجود الصفة تقوم مقام جميعها فمتى أدى واحد منهم عتق هكذا ذكره فى باب الكتابة ورده الشيخ مجدالدين وقال هو عندى خطأ يقينا لأن هذه الصفة لاتشتمل على منع ولاحث انتهى . وعندى أنه لو صح الاكتفاء ببعض الصفة هٰهنا لم يصح ماقاله القاضى ولم يتفرع على الاكتفاء ببعض الصفة إذ لو كان التفريع على ذلك لعتقوا كلهم باداء بعضهم لبعض الألف وبدخول بعضهم الدار وهذا خلاف قول القاضى وانما يتوجه ماقاله القاضى على أن يكون من باب توزيع المفردات على المفردات فكانه قال من دخل منكم الدار فهو حر ومن أدى الى حصته من الألف فهو حر ، وهذا لاتعلق له بمسئلة الاكتفاء ببعض الصفة وكلام أحمد يدل على اعتبار هذا التوزيع فى مثل هذه التعليقات ، فانه نص فى رواية مهنا فى عبد بين رجلين قالا له إذا متنا فانت حر ثم مات احدهما عتقت حصته فقط ، فاذا مات الآخر عتقت حصته . قال أبو بكر لأنهما كالمعتقين على انفرادهما وهذا هو المذهب عند أبى بكر وابن أبى موسى وتعليل أبى بكر يدل على أنه جعله من باب توزيع المفرد على المفرد كانهما قالا ان مات أحد منا فنصيبه منك حر ، وتاول القاضى ذلك على أن العتق حصل بوجود بعض الصفة ورده الشيخ مجد الدين بان الصفة انما يكتفى ببعضها اذا كانت فى معنى اليمين يقتضى حضاً أو منعاً وما لم يكن كذلك كطلوع الشمس وقدوم زيد فلا يكتفى فيه بالبعض ، ونقل الاجماع عليه وهو مردود من وجه آخر وهو أنه لو اكتفى ببعض الصفة لعتق العبد كله عليها بموت أحدهما ولم يكن وجه لعتق نصيب أحدهما وإنما لم يسر الى نصيب صاحبه لأحد أمرين اما لأن السراية تمنع بعد الموت كما هو احدى الروايتين أو لأن التدبير يمنع السراية وهو أحد الوجهين . وخرج الشيخ مجد الدين المسئلة على روايتين من مسئلة تعليق العتق على صفة بعد الموت فان فى صحته روايتين : احداهما يصح هذا التعليق ولايعتق منه شئ هٰهنا حتى يموت الآخر منهما فيعتق العبد كله حينئذ : والثانية لايصح هذا التعليق ولا يعتق به شيء من العبد هاهنا لأن كلا منهما علق عتقه على موته وموت شريكه ولا يوجد الا بعد موته ، ولكن هاهنا قد يمكن اجتماع موتهما فى آن واحد فلا يتوجه

ابطال التعليق من أصله بخلاف قوله ان دخلت الدار بعد موتى فانت حر . ومن هذه المسائل : لو قال لزوجتيه ان دخلتما هاتين الدارين أو كلمتما زيدا وعمروا فانتما طالقتان فكلمت احداهما زيدا والاخرى عمروا أو دخلت كل واحدة منهما دارا وقلنا لا يكتفى ببعض الصفة فهل تطلقان أم لا ؟ فيه وجهان ذكرهما أبو الخطاب ومن بعده من الأصحاب وجعل أبو الخطاب المذهب الوقوع وانما ذكر الاخرى تخريجا ومذهب الحنفية والمالكية الوقوع وهو احد وجهى الشافعية مع قولهم وقول الحنفية ان بعض الصفة لا يكتفى فى الحنث فعلم بذلك أن هذا ليس مفرعا على الاكتفاء ببعض الصفة . ويتخرج فى مسئلة التدبير السابقة ان تطلق ها هنا كل واحدة بدخول الدار عقب دخولها ولا يتوقف طلاقها على دخول الأخرى لأن معنى كلامه من دخلت منكما دارا من هاتين الدارين فهى طالق ويتخرج من هذا القول هاهنا فيما اذا قال لهما ان حضتما فانتما طالقتان وجه أن كل واحدة تطلق بحيض نفسها وان لا يشترط ثبوت حيض كل واحدة منهما بالنسبة اليهما بل يكفى ثبوت حيضها فى حقها باقرارها . وكذلك فى قوله ان شئتما فانتما طالقتان فشاءت احداهما ، أو ان حلفت بطلاقكما فانتما طالقتان ثم حلف بطلاق احداهما انها تطلق . ومن العجب ان القاضى لم يفرع شيئا من هذه المسائل على اختياره فى الاكتفاء بوجود بعض الصفة مطلقا سواء اقتضت حثا أو منعا أو كانت تعليقا محضا ، ومقتضى قوله ان يطلقا هاهنا معا بوجود حيض احداهما ، ومشيئة احداهما ، والحلف بطلاق احداهما فى هذه المسائل (ومنها) اذا قال لزوجاته الاربع اوقعت بينكن أو عليكن ثلاث تطليقات فهل تقسم كل طلقة على الأربع أرباعا ثم يكمل فيقع بهن الثلاث جميعا أو يوزع الثلاث على الأربع فيلحق كل واحدة ثلاثة أرباع طلقة ثم تكمل فتطلق كل واحدة منهن طلقة على روايتين : والاولى اختيار أبى بكر والقاضى : والثانية اختيار أبى الخطاب وصاحب المغنى . قال لأن القسمة بالاجزاء انما تكون فى المختلفات كالدور ونحوها فاما الجمل المتساوية من جنس كالنقود فانها تقسم برءوسها ويكمل النصيب كل واحدة كاربعة لهم درهمان صحيحان يقسم لكل واحد نصف من درهم واحد فكذلك الطلقات ويمكن الأولين الجواب عن هذا بان هذه القسمة لا تمنع الاشتراك فى الاستحقاق من كل جزء ولهذا قيل فى قسمة الاموال المشتركة انها بيع ومتى ثبت استحقاق كل واحد من الشركاء لجزء من كل عين قبل القسمة توجه وقوع الطلاق الثلاث هاهنا بكل واحدة كما لو مات زوج المرأة وخلف اخوتها ارقاء مع عبيد اخر فانه يعتق عليها من كل أخ لها بنسبة نصيبها من الميراث وان كان نصيبها لا يستوعب قيمة الجميع . ولو قال انتن طوالق ثلاثا طلق كلهن ثلاثا ثلاثا نص عليه فى رواية ابن منصور ، ولم يذكر القاضى فيه خلافا لأنه

أضاف الثلاث الى الجميع وفى الصورتين الأولتين أرسل الثلاث بينهن أو عليهن. ويتوجه تخريج الخلاف فيها أيضاً لأن اضافة الثلاث اليهن لا ينافى أن يوزع الثلاث على مجموعهن لا على كل واحدة منهن . ومما يدخل فى هذا الباب قوله تعالى انما الصدقات للفقراء والمساكين الآية فهل المراد توزيع مجموع الصدقات على مجموع الأصناف أو كل فرد من أفراد الصدقات على مجموع الأصناف . وينبنى على ذلك مسئلة وجوب استيعاب الاصناف بكل صدقة وفى ذلك روايتان اشهرهما أنه غير واجب . وهل يجب على الامام اذا اجتمعت عنده الصدقات أن يعم الأصناف منها أم لا قال ابن عقيل يجب ذلك لتحصل التوفية باستيعاب الاصناف بمجموع الصدقات كما دلت عليه الآية . وقال القاضى يستحب ذلك ولا يجب لأن حق بقية الأصناف يسقط باعطاء الملاك لهم وأيضاً فليس فى الآية ايجاب الاستيعاب لصدقات كل عام فيجوز تعويضهم فى كل عام آخر ، ومما يدخل فيه أيضا قوله تعالى (والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة) الآية هل اقتضت مقابلة مجموع المظاهرين لمجموع [نسائهم وتوزيعه مع كل مظاهر على زوجته أو مقابلة كل فرد من المظاهرين مجموع](١) نسائه المظاهر منهن ؟ قرر أبو الخطاب وغيره من أصحابنا الثانى واستدل على أن المظاهرة من جميع الزوجات بكلمة واحدة لا يوجب سوى كفارة واحدة وكذلك قال فى قوله تعالى (حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم واخواتكم) إلى آخر الآية ، أن المراد حرمت على كل واحد بناته واخواته وعماته وخالاته فاما الأمهات فجعلها فى مقابلة الافراد بالافراد قال لأنه لما لم يتصور أن يكون للواحد أمان علم أنه أراد الواحد فى مقابلة الواحد وأما ما احتمل الجمع فى مقابلة الواحد فانه عمل حيلة ، والاظهر والله أعلم أن الكل مما قوبل فيه الواحد بالواحد والجملة بالجملة وان المعنى حرمت على كل واحد أمه وبنته وأخته إذ لو أريد مقابلة الواحد بالجمع لحرم على كل واحد أمهات الجميع وبناتهم وهو باطل قطعاً

(القاعدة الرابعة عشر بعد المائة)

اطلاق الشركة هل يتنزل على المناصفة أو هو مبهم يفتقر الى تفسير ؟ فيه وجهان ذكرهما صاحب التلخيص فى البيع . والذى ذكره الأصحاب فى الاقرار أنه مبهم وكذلك صرح به ابن عقيل فى نظرياته مختاراً له . وقال القاضى فى المجرد فى البيع فى خلافه أيضاً ينزل على المناصفة(٢) وهل يقال باستحقاق الشريك من كل جزء أو بالتشاطر يحتمل وجهين وكلام الاصحاب يدل على التشاطر ،

(١) الزيادة عن نسخة ٧١١ (٢) فيها على المفاضله

ويتفرع على ذلك مسائل :

(منها) لو قال لمشترى سلعة اشركني في هذه السلعة فهل يصح وينزل على المناصفة أم لا للجهالة على وجهين ذكرهما في التلخيص ، والمجزوم به في المحرر الصحة تنزيلا على المناصفة (ومنها) لو قال هذا العبد شركة بيني وبين فلان أوهو شريكي ، فيه وجهان المجزوم في الاقرار الابهام ويرجع في تفسيره اليه وهو اختيار ابن عقيل وقال القاضي في خلافه هو بينهما نصفين (ومنها) لو أوقع طلاقا ثلاثا بامرأة له ثم قال للاخرى شركتك معها فان قلنا بالمناصفه اقتضى وقوع اثنتين وان قلنا بالابهام لم يقع أكثر من واحدة لأنها اليقين إلا أن يفسره بأكثر من ذلك ويحتمل أن يقع ثلاثا بناء على [أن] الشركة تقتضي الاستحقاق من كل جزء وقد يقال هذا انما يمكن في التمليكات دون الطلاق فان حقيقة الاشتراك في طلاق الأولى لاتمكن فحمل على استحقاق نظيره أما لو تعدد الشركاء فهل يقال يستحق الشريك مثل نصف مالهم أو مثل واحد منهم على وجهين ذكرهما القاضي في البيع وبنى عليهما لو اشترى اثنان شيئا ثم اشركا ثالثا فيه فهل له نصفه أو ثلثه على وجهين ، وخرج صاحب الترغيب والشيخ مجد الدين في المسودة الوجهين فيما اذا قال لثلاث نسوة أوقعت بينكن طلقة ثم قال لرابعة أشركتك معهن هل يقع بها طلقة واحدة أو طلقتين على الوجهين .

﴿ القاعدة الخامسة عشر بعد المائة ﴾

الحقوق المشتركة بين اثنين فصاعداً نوعان : احدهما مايقع استحقاق كل واحد بانفراده لجميع الحق ويتزاحمون فيه عند الاجتماع . والثاني مايستحق كل واحد من الحق بحصته خاصة وللأول أمثلة كثيرة :

(منها) الشفعاء المجتمعون كل منهم يستحق الشفعة بكمالها فاذا عفى احدهم عن حقه توفر على الباقين (ومنها) غرماء المفلس الذي لايفي ماله بدين كل واحد على انفراده وهم كالشفعاء (ومنها) الاولياء المتساوون في النكاح (ومنها) العصبات المجتمعون في الميراث . ويتفرع على ذلك لو اجتمع اثنان نصف كل واحد منهما حر فهل يستحقان المال كله أم لا على وجهين . أحدهما يستحقان جميع المال رجحه القاضي والسامري وطائفة من الأصحاب ، وله مأخذان احدهما جمع الحرية فيهما فيملك بها حرية ابن وهو مأخذ أبي الخطاب وغيره والثاني أن حق كل واحد منهما مع كمال حريته في جميع المال لا في نصفه وانما أخذ نصفه لمزاحمة أخيه له وحينئذ فقد أخذ كل واحد

---

(١) في ٧١١ في المسودة وجهين

منهما نصف المال هنا وهو نصف حقه مع كمال حريته فلم ياخذ زيادة على قدر مافيه من الحرية والوجه الثانى لايستحقان المال كله لئلا تستوى [حال] حريتهما الكاملة والمبعضة وهل يستحقان نصفه تنزيلا لهما حالين أو ثلاثة أرباعه تنزيلا لهما ثلاثة أحوال على وجهين ، ولو كان ابن نصفه حراً مع أم فعلى المأخذ الثانى فى الوجه الأول يتوجه أن ياخذ نصف المال كله وهو أحد الوجوه للاصحاب ورجحه الشيخ تقى الدين وذكر أنه اختيار أبيه . وقيل ياخذ نصف الباقى بعد ربع الأم وهو اختيار أبى بكر والقاضى فى خلافه . وقيل يأخذ نصف ما كان يأخذه حال كمال الحرية وهو هنا ربع وسدس وهو الذى ذكره ابراهيم الحربى فى كتاب الفرائض واختاره القاضى فى المجرد وابن عقيل وصاحب المحرر لأن القدر الذى حجبت عنه الأم يستحقه كله وانما يتنصف عليه ماعداه (ومنها) ذوو الفروض المجتمعون المزدحمون فى فرض واحد كالزوجات والجدات ، ويتفرع على هذا اذا اجتمعت جدتان أم أم وأم أب مع ابنها الأب وقلنا إنه يحجبها فهل تستحق الأم السدس كله أو نصفه على وجهين ، أصحهما أنها تستحق السدس كله لزوال المزاحمة مع قيام الاستحقاق لجميعه ، والثانى يستحق نصفه وله ماخذان : احدهما أن أم الأب تحجبها عن السدس الى نصفه فلا أثر لكونها محجوبة كما يحجب ولد الأم الأم مع انحجابهم بالأب وفيه نظر ، فان حجب(١) الأم انما هو بطريق المزاحمة ولا مزاحمة هنا وحجب الأخوة للأم ليس بالمزاحمة فانهم لا يشاركونها فى فرضها وانما وجودهم هو مقتض لتنقيص فرضها .

والثانى أن أم الأب لها مع أم الأم نصف السدس فلما حجب الأب أمه توفر ذلك عليه لا على الأخرى ، ورد بان ولد الأم يحجبون الأم عن السدس ثم لا يأخذونه بل يتوفر على الأب ، وقد يجاب عنه بأن ولد الأم لما كانوا محجوبين بالأب توفر ماحجبوا عنه الأم على من حجبهم وهو الأب كذلك هنا (ومنها) الوصايا المزدحمة فى عين أو مقدار من المال فان حق كل واحد منهم فى مجموع وصيته وانما يأخذ دون ذلك للمزاحمة فاذا رد بعضهم توفر على الباقين وان أجاز الورثة بعض الوصايا دون بعض فهل يعطى المجاز له القدر الذى كان ياخذه فى حال الاجازة للكل أو يكمل له الجزء المسمى فى الوصية كله ان أمكن لقيام استحقاقه له وقد امكن وصوله اليه بزوال المزاحمة بالرد على غيره فيه وجهان ، صحح صاحب المحرر الثانى ومن رجح الأول قال القدر المزاحم به كان حقاً للمزاحم فاذا رده الورثة عليه توفر عليهم لا على الوصية الأخرى ويشهد للأول ماذكره الخرقى وابن حامد والقاضى والأصحاب فيمن وصى لرجل بعبد قيمته ثلث ماله ولآخر بثلث

(١) فى ٧١١ : حجب الجدات .

ماله فان أجازه الورثة فللموصى له بالعبد ثلاثة أرباعه لمزاحمة الآخر له فيه ولصاحب الثلث ربع العبد وثلث باقى المال وان ردوا قسم الثلث بينهما نصفين فيأخذ صاحب وصية العبد بقدر سدس المال كله من العبد ويأخذ الآخر سدس العبد وسدس باقى المال لزوال المزاحمة بالرد فامكن وصول كل منهما الى نصف ماسمى له كاملا فلا ينقص منه ، وخرج صاحب المحرر وجهاً آخر من الوجه الثانى فى المسألة التى قبلها أنه يقسم الثلث بينهما على حسب ما كان يقتسمان وصيتيهما حال الاجازة فيفضل نصيب صاحب الثلث على نصيب صاحب العبد وهو اختيار صاحب المغنى تسوية [بينهما] فى الرد والاجازة ، وفى تخريج هذا من المسألة التى قبلها نظر لأن الورثة هناك قد يكون مقصودهم بالرد على أحدهما توفير ما كان يأخذه بالمزاحمة عليهم كما لو اجازوا لصاحب الوصية بالكل وردوا على الموصى له بالثلث فلو أعطينا صاحب الكل ماردوه على صاحب الثلث لم يبق فى ردهم فائدة لهم . وهنا لايخرج عنهم سوى الثلث فينبغى أن تقسم الوصيتان على قدرهما عملا بمراد الموصى من التسوية حيث أمكن ولاضرر على الورثة فى ذلك (ومنها) استحقاق الغانمين من الغنيمة متى رد بعضهم توفر على الباقين وسواء قلنا ملكوه بالاستيلاء أو لم يملكوه (ومنها) الموقوف عليهم اذا رد بعضهم توفر على الباقين كما لو مات بعضهم وقد سبقت (ومنها) حد القذف الموروث لجماعة يستحق كل واحد بانفراده فاذا أسقطه بعضهم فللباقين استيفاؤه .

وأما النوع الثانى فله أمثلة :

(منها) عقود التمليكات المضافة الى عدد فيملك كل واحد منهم بحصته لاستحالة أن يكون كل واحد منهم مالكا لجميع العين . ثم هاهنا حالتان : احداهما أن يكون التمليك بعوض مثل أن يبيع من رجلين عبداً اوعبدين بثمن فيقع الشراء بينهما نصفين ويلزم كل واحد نصف الثمن وان كان لاثنين عبدان مفردان لكل واحد عبد فباعاهما من رجلين صفقة واحدة لكل واحد عبداً معينا بثمن واحد ففى صحة البيع وجهان اصحهما وهو المنصوص الصحة وعليه فيقتسمان الثمن على قدر قيمتى العبدين ، وذكر القاضى وابن عقيل وجها آخر أنهما يقتسمانه على عدد رؤوس المبيع نصفين تخريجا من أحد الوجهين فيما اذا تزوج أربعا فى عقد بمهر واحد أو خالعهن بعوض واحد أنه يكون بينهن أرباعا وهو هاهنا بعيد جداً لأن البضع ليس بمال محض فكيف سوى به الاموال المبتغى بها الارباح والتكسب وخرجاه أيضا فى الكتابة وهو أقرب من البيع إذ الكتابة فيها معنى العتق . الحالة الثانية أن يكون بغير عوض مثل أن يهب لجماعة شيئاً أو يملكهم إياه عن

زكاة أو كفارة مشاعاً فى الكفارة فقياس كلام الأصحاب فى التمليك بعوض أنهم يتساوون فى ملكه، وحكى صاحب المغنى فيما اذا وضع طعاماً فى الكفارة بين يدى عشرة مساكين فقال هو بينكم بالسوية فقبلوه، ثلاثة أوجه: أحدهاوهو الذى جزم به أولا أنه يجزيه لأنه ملكهم التصرف فيه والانتفاع به قبل القسمة كما لو دفع دين غرمائه بينهم. والثانى وحكاه عن ابن حامد يجزيه وان لم يقل بالسوية لأن قوله خذوها عن كفارتى يقتضى التسوية لأن ذلك حكمها. والثالث وحكاه عن القاضى أنه ان علم أنه وصل اليه الى كل واحد قدر حقه أجزأ والا لم يجزه هذا ماذكره. وأصل ذلك ماقاله القاضى فى المجرد اذا أفرد ستين مداً وقال لستين مسكينا خذوها فأخذوها أو قال كلوها ولم يقل بالسوية أو قال قد ملكتموها بالسوية فأخذوها. فقال شيخنا أبو عبد الله بن حامد: يجزيه لأن قوله خذوها عن كفارتى يقتضى التسوية لأن حكم الكفارة أن يكون بينهم بالسوية فان عرف أنها وصلت اليهم بالسوية أجزأه وان علم التفاضل فمن حصل معه التفضيل فقد أخذ زيادة ومن أخذ أقل كان عليه أن يكمله وان لم يعلم كيف وصل اليهم لم يجزيه وعليه استئنافها (١) لأنه لم يعلم قدرماوصل الى كل واحد بعينه انتهى. فحكى الكل عن ابن حامد وصاحب المغنى جعل الاجزاء مطلقا قول ابن حامد واعتبار الوصول قول القاضى وليس كذلك وكذلك استشكل الشيخ مجد الدين ماوقع فى المجرد وقال لعله وقع غلط فى النسخة وليس كذلك أيضا فانى نقلت ماذكرته من أصل القاضى بخطه ثم قال عندى أنا انقلنا ملكوها بالتخلية وأنها قبض أجزأته بكل حال قال ولعل هذا اختيار ابن حامد وهذا بعيد جداً بل اختيار ابن حامد عكسه وان الهبة والصدقة لاتملك بدون قبض، وقد قدمنا ذلك عنه فى مسائل القبوض وان القبض فى المنقول بالنقل فيتوجه على هذا أنه لابد من تحقيق قبض كل واحد لمقدار مايجزىء دفعه اليه لأنه لم يملكه بدونه ولاعبرة بالايجاب لهم بالسوية وماحكاه القاضى عن ابن حامد يشعر بان اطلاق قوله خذوا هذا وهو لكم لايحمل على التسوية، فانه انما علل بان التسوية حكم الكفارة وهذا مخالف لما قرروه فى عقود المعاوضات وأما ماحكاه فى المغنى من طرد الخلاف فيما لو قال هو بينكم بالسوية أو اقتصر على قوله هو بينكم البتة فليس ذلك فى كلام القاضى ويتخرج ذلك على أصل وهو أن اطلاق البينة هل يقتضى التساوى أم لا؟ وفى المسألة وجهان: أحدهما أنه يقتضيه وهو الذى ذكره الأصحاب فى المضاربة اذا قال خذ هذا المال فاتجر فيه والربح بيننا انهما يتساويان فيه وصرح القاضى وابن عقيل والاصحاب فى مسألة المضاربة فى أن اطلاق الاقرار بشىء انه بينه وبين زيد

(١) فى نسختنا استئنافهم والتصحيح عن ٧١١.

يتنزل على المناصفة أيضا ، وكذلك صرحوا به فى الوصايا اذا قال وصيت لفلان وفلان بمائة بينهما أن لكل واحد خمسين ، ونص عليه أحمد فى رواية ابن منصور فيمن قال بين فلان وفلان مائة درهم وأحدهما ميت ليس للحى الا خمسون درهما وكذلك لو قال لفلان وفلان مائة درهم واحدهما ميت وانكر قول سفيان بالتفرقة بينهما ، وهذا تصريح بان اطلاق الوصية يتنزل على التساوى كما قال بينهما : والوجه الثانى أن اطلاق البينة لاتقتضى التساوى وبه جزم القاضى فى خلافه وابن عقيل فى عمده فى مسألة الاقرار فى كتاب البيع وكذلك ذكره ابو الخطاب فى الاقرار وصاحبا المغنى والمحرر (ومنها) القصاص المستحق لجماعة بقتل موروثهم يستحق كل واحد منهم بالحصة فمن عفى منهم سقط حقه وسقط الباقى لأنه لايتبعض . وهاهنا صور مختلف فيها هل يلحق بالنوع الأول أو الثانى كالغرامات الواجبة على جماعة بسبب واحد كالمشتركين فى قتل آدمى أوصيد [محرم] أو فى الوطء فى الحج أوفى الصيام هل يتعدد عليهم الديات والجزاء والكفارة وكذلك عقود التوثقات كالرهن والضمان والكفالة وقد سبق ذكرها .

﴿ القاعدة السادسة عشر بعد المائة ﴾

من استند تملكه الى سبب مستقر لايمكن ابطاله وتأخر حصول الملك عنه فهل ينعطف احكام ملكه الى [أول] وقت انعقاد السبب ويثبت احكامه من حينئذ أم لايثبت إلا من حين ثبوت الملك فيه خلاف وللمسألة أمثلة كثيرة :

(منها) ملك الشفيع اذا أخذ بالشفعة وثم نخل مؤبر كان وقت البيع غير مؤبر وفيه وجهان سبق ذكرهما (ومنها) ملك الموصى له اذا قبل بعد الموت فهل يثبت له الملك من حين الموت أم لا وفيه خلاف معروف (ومنها) اذا تملك المالك للارض زرع الغاصب بنفقته بعد بدو صلاحه فهل يجب زكاته عليه أم على الغاصب على وجهين وقد سبق فى بيع الثمر قبل بدو صلاحها بشرط القطع نحو ذلك (ومنها) الفسخ بالعيب والخيار فانه يستند الى مقارن للعقد فهل هو رفع للعقد من أصله أو من حينه وفيه خلاف معروف (ومنها) دية المقتول هل تحدث على ملك الوارث لأنها تجب [بعد] الموت أوعلى ملك الموروث لأن سببها وجد فى حياته على روايتين معروفتين وحكى ابن الزاغونى فى الاقناع الروايتين فى القصاص أيضا هل هو واجب للورثة ابتداء أو موروث عن الميت (ومنها) اذا انعقد سبب الملك أو الضمان فى الحيوة وتحقق بعد الموت كمن نصب شبكة فوقع فيها صيد بعد [موته] أوعثر بها انسان ففيه خلاف سبق ذكره (ومنها) [اذا كاتب عبدا ثم مات ولم

يؤد اليه شيئا فادى الى ورثته وعتق فهل الولاء للسيد الذى كاتبه لانعقاد سببه فى ملكه أو للورثة المؤدى اليهم لتحقق السبب فى ملكهم على روايتين والمذهب أن الولاء للسيد الأول] (ومنها) اذا كاتب المكاتب عبداً فادى إليه وعتق قبل أدائه أو أعتقه بمال وقلنا له ذلك في ولايته وجهان أحدهما أنه للسيد الأول وهو محكى عن ابى بكر لثبوت الولاء على هذا العتق فى حال ليس مولاه من أهل الميراث فاستقر لمولى المولى . والثانى: هو موقوف فان أدى المكاتب الاول وعتق فالولاء له لانعقاده له قبل عتقه وهو قول القاضى فى المجرد ورجح فى الخلاف قول أبى بكر حتى حكى عنه أنه لو عتق المكاتب الأول قبل الثانى فالولاء للسيد لانعقاد سبب الولاء له حيث كان المكاتب ليس اهلا له وكلام أبى بكر انما يدل على استقرار الولاء للسيد اذا وقعت الكتابة أو العتق المنجز باذنه وأما ماوقع بغير اذنه فالعتق عنده موقوف على أداء المكاتب الأول فينبغى أن يكون الولاء له كولاء ذوى رحمه والذين اشتراهم فى حال الكتابة ، وأما العبد القن اذا اعتق باذن سيده مما ملكه وقلنا بملكه فحكى صاحب المغنى عن طلحة العاقولى من اصحابنا انه موقوف فان عتق فالولاء له وان مات قناً فهو للسيد . وفى المجرد للقاضى ان الولاء للسيد مطلقاً ونص احمد فى رواية ابن منصور فى عبد اذن له سيده أن يبتاع عبداً أو يعتقه أن ولاءه لسيده وقال اذا اذنوا له فكأنهم هم المعتقون وهذا يدل على الفرق بين عتق المكاتب باذن سيده وعتقه بدونه كما سبق ويحتمل أن يكون مخرجاً على قوله ان العبد لا يملك وانه أعتقه باذن سيده بطريق الوكالة ثم ليس فى نصه أن العبد عتق بعد ذلك وانما فيه أن سيده باعه . ويشبه هذه المسائل اذا اسلم الكافر على أكثر من أربع نسوة واسلمن معه واختار منهن أربعاً انفسخ نكاح البواقى وهل يبتدئن العدة من حين الاختيار لأن نكاحهن انما انفسخ به او من حين الاسلام لأنه السبب على وجهين . فاما تصرف الفضولى اذا قلنا يقف على الاجازة فاجازة من عقد له فهل يقع الملك فيه من حين العقد حتى يكون النماء له أم من حين الاجازة على وجهين : أحدهما من حين العقد وبه قطع القاضى فى الجامع وصاحب المغنى فى مسألة نكاح الفضولى : والثانى من حين الاجازة وبه جزم صاحب النهاية ولكن السبب هنا غير مستقر لامكان زواله بالرد ويشهد للوجه الثانى أن القاضى صرح بأن حكم الحاكم المختلف فيه انما يفيد صحة المحكوم به وانعقاده من حين الحكم وقبل الحكم كان باطلا . ويلتحق بهذه القاعدة العبادات التى يكتفى بحصول بعض شرائطها فى أثناء وقتها اذا وجد الشرط فى اثنائها فهل يحكم لها بحكم ما اجتمعت شرائطه من ابتدائها أم لا فيه خلاف أيضاً وينبنى عليه مسائل (منها) اذا نوى الصائم المتطوع الصوم من اثناء النهار فهل يحكم له بحكم الصيام من أوله أم حين نواه فلا يثاب على صومه الا من

حين النية على وجهين والثانى ظاهر كلام أحمد (ومنها) اذا بلغ الصبى أو عتق العبد وهما محرمان قبل فوات وقت الوقوف فهل يجزئهما عن حجة الاسلام على روايتين اشهرهما الاجزاء فقيل لأن احرامهما انعقد مراعى أنه قابل للنقل والانقلاب ، وقيل بل يقدر مامضى منه كالمعدوم ويكتفى بالموجود منه ، وقيل ان قلنا الاحرام شرط محض كالطهارة للصلاة اكتفى بالموجود منه وان قيل هو ركن لم يكتف به .

﴿ القاعدة السابعة عشر بعد المائة ﴾

كل عقد معلق يختلف باختلاف حالين اذا وجد تعليقه فى أحدهما ووقوعه فى الآخر فهل يغلب عليه جانب التعليق أوجانب الوقوع ؛ فى المسألة قولان إلا ان يقتضى اعتبار أحدهما الى ماهو ممتنع شرعاً فيلغى ويتفرع على ذلك مسائل :

(منها) الوصية لمن هو فى الظاهر وارث فيصير عند الموت غير وارث أو بالعكس والمذهب ان الاعتبار بحال الموت ولم يحك الأكثرون فيه خلافاً فان الوصية للورثة لايمكن أن تلزم والوصية للاجنبى بالثلث فما دون لايمكن ان تقف على الاجازة ومنهم من حكى خلافاً ضعيفاً فى الاعتبار بحال الوصية كما حكى ابو بكر وابو الخطاب رواية أن الوصية فى حال الصحة (١) من رأس المال ولا يصح عن أحمد وإنما أراد به العطية المنجزة كذلك قال القاضى وغيره (ومنها) اذا علق عتق عبده فى صحته بشرط فوجد فى مرضه فهل يعتق من الثلث أو من رأس المال على وجهين ، وحكى القاضى فى خلافه روايتين واختار أبو بكر وابن أبى موسى أنه يعتق من الثلث وهذا إذا لم تكن الصفة واقعة باختيار المعلق فان كانت من فعله فهو من الثلث بغير خلاف وقد نص عليه أحمد فى رواية صالح أنه إذا قال لامرأته أنت كذا وكذا ان لم أخرج إلى البصرة وقال لم تكن لى نية فى تعجيل ذلك فلا تطلق حتى يكون فى وقت لايقدر أن يخرج فيه . وكذلك لو قال غلامه حر إن لم يفعل كذا وكذا فلم يكن له نية فلا يعتق حتى يكون فى وقت لايقدر أن يفعل الذى قال فاذا طلقت ورثته واعتدت واذا عتق كان من ثلثه وهكذا حكم ما اذا أعتق حمل أمته فى صحته ثم وضعته فى مرضه وقلنا لايعتق الحمل الابعد الوضع (ومنها) اذا علق طلاق امرأته فى صحة على صفة فوجدت فى مرضه ولم يكن من فعله فهل ترثه أم لا على روايتين والمنصوص أنها ترثه فى رواية صالح ومهنا والأخرى مخرجة من مسألة قذفها فى الصحة وملاعنتها فى المرض (ومنها) اذا

(١) فى نسختنا : حال الصبي

أوصى الى فاسق وصار عدلا عند الموت فهل يصح الوصية بناء على قولنا لا يصح الايصاء الى الفاسق على وجهين (ومنها) لو وصى لزيد بدار ثم انهدم بعض بنائها قبل الموت فهل يدخل ملك الانقاض فى الوصية على وجهين وكذا الوجهان لو زاد فيها بناء لم يكن حال الوصية ذكر ذلك ابو الخطاب (ومنها) لو قال العبد متى ملكت عبداً فهو حر وقلنا يصح هذا التعليق من الحر كما هو المشهور من المذهب ثم عتق ثم ملك عبداً فهل يعتق على وجهين، ولو وصى المكاتب بشىء ثم عتق قبل موته فهل يصح وصيته خرجها الشيخ مجد الدين على وجهين (ومنها) لو قال العبد لزوجته إن دخلت الدار فانت طالق ثلاثا ثم عتق ثم دخلت الدار فهل تطلق ثلاثا أو اثنتين حيث لم يكن مالكا حال التعليق لا كثر منها على وجهين (ومنها) لو علق طلاق امرأته قبل الدخول على قدوم زيد مثلا ثم دخل بها ثم قدم زيد وهى حائض فانه يقع الطلاق بدعيا لا بمعنى الاثم به بل بمعنى امره بالمراجعة فيه ولو كان قد علق طلاقا أو غيره على طلاق البدعة ترتب عليه ولم يحك الأصحاب فيه خلافا، ولو قال ان قمت فانت طالق فقامت وهى حائض فهل يكون بدعيا قال فى رعاية الانتصار مباح وفى الترغيب بدعى.

﴿ القاعدة الثامنة عشر بعد المائة ﴾

تعليق فسخ العقد وابطاله لوجوده ان كان فيه مقصود معتبر شرعاً صح والا لم يصح إذ لو صح لصار العقد غير مقصود فى نفسه هذا مقتضى قواعد المذهب، ويتخرج على ذلك مسائل:

(منها) اذا علق الطلاق بالنكاح فالمذهب المنصوص عن أحمد انه لا يصح لأن النكاح لا يقصد للطلاق عقيب العقد. واختلفت الرواية عنه فيمن حلف لزوجته ان لا يتزوج عليها بتعليق طلاق من يتزوجها عليه بنكاحها هل يصح ام لا على روايتين لأن هذا فيه حق للزوجة فيصير مقصوداً كما لو شرط أن لا يتزوج عليها فمن الأصحاب من خص الخلاف بهذه الصورة ولم يخرج ومنهم من خرج فى الكل روايتين. هذا كله إذا لم تكن حالة التعليق فى نكاحه فان كانت فى نكاحه حينئذ وعلق طلاقها على نكاح آخر يوجد فنص أحمد فى رواية ابن منصور وغيره على انه يصح هذا التعليق وحكاه القاضى فى المجرد عن أبى بكر ورجحه ابن عقيل لأن التعليق هنا فى نكاح ومن أصلنا ان الصفة المطلقة تتناول جميع الأنكحة باطلاقها وتعود الصفة فيها فكيف اذا قيدت بنكاح معين ولو علقه فى ملك يمينه لأمته على نكاحها بعد عتقها فنص أحمد فى رواية ابن هانىء على أنه يصح معللا بان ملك اليمين كالنكاح فى استباحته الوطء فلا

يكون التعليق كتعليق نكاح الأجنبية وكذلك (١) نص فيمن أعتق أمته ثم قال لها متصلا بعتقها ان نكحتك فان طالق انه يصح لأنه فى هذه الحال يملك عقد النكاح عليها قهرا فلم ينقطع آثار الملك فيه بالكلية فلذلك انعقدت فيه الصفة (ومنها) تعليق العتق بالملك والمذهب المنصوص صحته لأن الملك يراد للعتق ويكون مقصوداً كما فى شراء ذى الرحم وغيره والخلال وصاحبه لا يثبتان فى المذهب فى ذلك خلافا وابن حامد والقاضى يحكيان فى ذلك روايتين (ومنها) تعليق النذر بالملك مثل ان رزقنى الله مالا فلله على أن أتصدق به أو بشيء منه فيصح ونقل الشيخ تقى الدين (٢) عليه بالاتفاق وقد دل على ذلك قوله تعالى (ومنهم من عاهد الله لئن آتانا من فضله لنصدقن) الآيات (ومنها) تعليق فسخ الوكالة على وجودها أو تعليق الوكالة على فسخها كالوكالة الدورية ، وقد ذكر صاحب التلخيص ان قياس المذهب صحة ذلك بناء على ان الوكالة قابلة للتعليق عندنا وكذلك فسخها وقال الشيخ تقى الدين لا يصح لانه يؤدى الى أن تصير العقود الجائزة لازمة وذلك تغيير لقاعدة الشرع وليس مقصود المعلق إيقاع الفسخ وانما قصده الامتناع من التوكيل وحله قبل وقوعه والعقود لا تفسخ قبل انعقادها (ومنها) تعلق فسخ البيع بالاقالة على وجود البيع أو تعليق فسخ النكاح بالعيب على وجود النكاح وقد صرح الأصحاب ببطلان ذلك منهم القاضى وابن عقيل وأبو الخطاب معللين بانه وقع العقد (٣) قبل عقده ، ومنهم من يعلل بان الفسوخ لا تقبل التعليق وقد صرح كثير منهم كالقاضى وابى الخطاب وابن عقيل وصاحب المغنى بهذا المأخذ وهو مخالف لما نص عليه أحمد فى مسئلة ان جئتنى بالثمن الى كذا وكذا والا فلا بيع بيننا انه يصح ويكون تعلقا للفسخ على شرط وقد صرح القاضى فى جوازه فى البيع خاصة فى خلافه ومن المتأخرين من صرح به فى فسخ الاجارة أيضاً (ومنها) تعليق فسخ التدبير بوجوده وصرح القاضى فى المجرد بامتناعه فيما اذا قال لأمته المدبرة كلما ولدت ولداً فقد رجعت فى تدبيره فقال لا يكون رجوعا لأن الرجوع انما يصح فى تدبير موجود هذا بعد ماخلق فكيف يكون رجوعا كما لو قال لعبده متى دبرتك فقد رجعت لم يصح ، هذا لفظه .

﴿ القاعدة التاسعة عشر بعد المائة ﴾

اذا وجدنا لفظا عاما قد خص بعض افراده بحكم موافق للأول أو مخالف له فهل يقضى بخروج الخاص من العام وانفراده بحكمه المختص به أو يقضى بدخوله فيه فيتعارضان مع اختلاف الحكم

(١) فى ٧١٢ : ولذلك (٢) فى ٧١١ : مجد الدين (٣) فى ٧١٢ : دفع للعقد

ويتعدد سبب الاستحقاق مع ابقائه (١) هذا على قسمين :

أحدهما أن يكون الخاص والعام فى كلام واحد متصل فالمذهب أنه يفرد الخاص بحكمه ولا يقضى بدخوله فى العام وسواء إن كان ذلك الحكم مما يمكن الرجوع عنه كالوصايا أو لا يمكن كالاقرار ، ويتفرع على ذلك مسائل :

(منها) لو قال هذه الدار لزيد ولى منها هذا البيت قبل ولم يدخل البيت فى الاقرار صرح به الاصحاب ، ويجيء على اختيار ابن عقيل فى مسئلة كان له على وقضيته أنه لايقبل منه فى القضاء أن لايقبل هاهنا افراد البيت لأن ماخذه ان المعطوف بالواو جملة مستقلة غير مرتبطة بما قبلها فهى دعوى مستقلة كما قالوا فى قوله أنت طالق وعليك ألف أنها طالق بغير عوض بخلاف الاستثناء والصفات فانها مع ماقبلها شيء واحد والصحيح الاول وان المعطوف بالواو مع المعطوف عليه فى حكم الجملة الواحدة وهو المنصوص عن أحمد وأما أنت طالق وعليك الف ففيها روايتان ومأخذ الوقوع بغير عوض ماذكروه (ومنها) لو وصى لزيد بشيء وللمساكين بشيء وهو مسكين فانه لايستحق مع المساكين من نصيبهم شيئا نص عليه أحمد فى رواية ابن هانيء وعلى بن سعيد ونقل القاضى فيما قرأته بخطه الاتفاق على أن زيداً لايستحق من وصية المساكين فى مثل هذه الصورة وان كان مسكينا مع أن ابن عقيل فى فنونه حكى عنه انه خرج وجها آخر بمشاركتهم اذا كان مسكينا (ومنها) لو وصى لزيد بخاتم وبفصه لآخر أو وصى لرجل بعبد وبمنافعه لآخر أو لأحدهما بالدار ولآخر بسكناها ونحو ذلك بلفظ لايقتضى انفراد كل واحد بما وصى له به صريحا فقال أبو بكر فى الشافى لكل واحد منهما ماوصى له به لايشاركه الآخر فيه وحمله الشيخ مجد الدين على أنه كان فى كلام واحد متصل واخذه من مسألة الاقرار السابقة والمنصوص عن أحمد هاهنا التوقف . قال مهنا : سألت أبا عبد الله عن رجل أوصى بعبد لرجل ثم أوصى به لآخر قال هذه مشكلة فقلت له فان ناساً يقولون يكون العبد بينهم نصفين قال لا فقلت له فان أوصى بدار لرجل وأوصى بغلتها لآخر فقال هذه مثل تلك فقلت لأبى عبد الله انه اوصى بخاتمه لرجل وأوصى بالفص لآخر فقال وهذه أيضاً مثل تلك ولم يخبرنى فيهم بشيء فتوقف فى المسألة وأنكر قول من قال بالاشتراك فى العبد اذا أوصى به لاثنين وجعل حكم الوصية بالدار وغلتها والخاتم وفصه حكم الوصية بعبد لاثنين فدل على أنه لااشتراك فى الفص والغلة وظاهر كلامه أنه يكون للموصى له به بخصوصه لكن هذا قد يكون مأخذه أن الوصية الثانية

(١) فى نسختى الدار : مع اتفاقه

رجوع عن الأولى كما أشعر به كلامه فى العبد والمشهور فى المذهب أن الوصية بعين مرة لرجل ومرة لغيره لايكون رجوعا بل يشتركان فيها كما نص عليه أحمد فى الوصية بالاجزاء المنسوبة كالثلث ونحوه (ومنها) لووصى لرجل بثلثه ووصى لآخر بقدر منه قال أحمد فى رواية الحسن بن ثواب فى رجل قال ثلثى هذا لفلان ويعطى فلان منه مائة درهم فى كل شهر الى أن يموت قال هو للآخر منهما قيل كيف ؟ قال لأن الوصية رجعت الى الذى قال ويعطى هذا منه كل شهر واذا مات هذا أو فضل شىء يرد الى صاحب الثلث وظاهر هذه الرواية تدل على تقدم الوصية بالمقدر على الوصية بالجزء المنسوب لأنهما كالخاصة والعامة وكتب القاضى بخطه على حاشية الجامع للخلال ظاهر كلام أحمد أن الوصية الثانية تقتضى الرجوع عن الأولى لأن الثانية تستغرق جميع المال اذ العمر ليس له حد معروف . قال وقد قيل لا يكون رجوعا ويقسم الثلث على أربعة للموصى له بالثلث سهم وثلاثة للآخر كما لو وصى لرجل بماله ولآخر بثلثه انتهى . وكلا الوجهين المذكورين فيهما ضعف لأن احمد رد الفاضل عن النفقة الى الأول وهذا يبطل انه رجوع ولأن الوصية للثانى انما هى من الثلث فكيف تكون وصية بالمال كله فتعين حملها على ماقدمناه أولا. فاما المسألة التى ذكرها الخرقى فى كتابه وهى اذا أوصى لرجل بمعين من ماله كعبد ولآخر بجزء مشاع منه كالثلث ان الوصيتين يزدحمان فى المعين مع الاجازة كما لو وصى به لاثنين وتبعه على ذلك ابن حامد والقاضى والأصحاب ، فهذا قد يحمل على مااذا كانت الوصيتان فى وقتين مختلفين ولا اشكال على هذا وان حمل على اطلاقه وهو الذى اقتضاه كلام الأكثرين فهو وجه آخر ونصوص احمد واصوله تخالفه كنصه فى رواية مهنا فى الوصية بالعبد لاثنين ونصه على أن من وصى لزيد بشىء ولجيرانه بشىء وزيد من جيرانه أنه لايستحق من الوصية للجيران شيئاً ، وقد ذكر ابن حامد أن الأصحاب استشكلوا مسألة الخرقى وأنكروها عليه ونسبوه الى التفرد بها .

القسم الثانى : أن يكون الخاص والعام فى كلامين منفردين فهاهنا حالتان : احداهما أن يكون المتكلم بها لايمكنه الرجوع عن كلامه ولا يقبل منه كالاقارير والشهادات والعقود فيقع التعارض فى الشهادات ولايكون الاقرار الثانى ولا العقد الثانى رجوعا عن الأول هكذا ذكره غير واحد المتأخرين مع أن كلام احمد وأبى بكر عبد العزيز فى أن الخاص لايدخل فى العام ليس فيه تفصيل بين الكلام الواحد وغيره ، وقد يقال إن الخاص لايدخل فى العام مطلقاً ويكون تخصيصه بالذكر قرينة مخرجة من العموم مالم يعارض ذلك قرينة تقتضى دخوله فيه وعلى تقدير دخوله فيه بقرينة أو مطلقا فاذا تعارض دلالة العام ودلالة الخاص فى شىء واحد فهل ترجح دلالة الخاص أم

يتساويان ذكر ابن عقيل فى الواضح أنهما يتساويان وذكر أبو الخطاب فى التمهيد أنه يقدم دلالة الخاص وهذا هو الذى ذكره القاضى وابن عقيل أيضاً والأصحاب كلهم فى مسألة تخصيص القرآن بخبر الواحد وفى مسألة تقديم الخاص على العام عند التعارض وان علم تقدم الخاص حتى قال ابو الخطاب وغيره لا يجوز أن ينسخ العام الخاص لأنه ليس بمساو له: والحالة الثانية أن يكون الرجوع ممكنا كالوصية وعزل الامام لمن يمكنه عزله وولايته فهذا يشبه تعارض العام الخاص فى كلام الشارع فى الأحكام وفى ذلك ثلاث روايات: اشهرهن تقديم الخاص مطلقاً وتخصيص العموم به سواء جهل التاريخ أو علم: والثانية أن جهل التاريخ فكذلك والاقدم المتأخر منهما. والثالثة ان علم التاريخ عمل بالمتأخر وان جهل تعارضا ويتصل بهذه القاعدة قاعدتان

إحداهما: اذا اجتمع فى شخص استحقاق بجهة خاصة كوصية معينة وميراث واستحقاق بجهة عامة كالفقر والمسكنة فانه لا يأخذ الا بالجهة الخاصة نص عليه أحمد ويتفرع على ذلك مسائل (منها) اذا وصى لزيد بشيء [ولجيرانه بشيء وهو من الجيران فانه لا يعطى من نصيب الجيران (ومنها) اذا وصى لزيد بشيء] وللفقراء بشيء وزيد فقير لا يعطى من نصيب الفقراء شيء نص احمد على الصورتين وخرج القاضى فيما نقله ابن عقيل فى فنونه الاستحقاق بجهة الفقراء والجوار كما يستحق عامل الزكاة الأخذ بجهة الفقر مع العمالة (ومنها) لو وصى لأقاربه بشيء ووصى أن يكفر عنه بايمان فلا يعطى من الكفارة من أخذ من الوصية من الأقارب نص على ذلك فى رواية صالح (ومنها) لو وصى للفقراء وورثته فقراء لم يجز لهم الأخذ من الوصية نص عليه فى رواية حرب. وقال الوارث لا يصرف فى المال مرتين اذا كان وارث لم يأخذ من الوصية شيئاً ونقل نحوه ابو الصقر والفضل بن زياد وكذلك نص على ان الوارث لا يحج عن الميت ويأخذ الوصية وحمله القاضى على منعه من اخذ الزائد عن نفقة المثل فاما نفقة المثل فيجوز لأنها معاوضة.

القاعدة الثانية: اذا اجتمعت صفات فى عين فهل يتعدد الاستحقاق بها كالاعيان المتعددة المشهور فى المذهب أنها كالاعيان فى تعدد الاستحقاق ويندرج تحت ذلك صور (منها) الأخذ من الزكاة بالفقر والغرم والغزو ونحوها (ومنها) الأخذ من الخمس باوصاف متعددة (ومنها) الاخذ من الصدقات المنذورة والفيء والوقوف (ومنها) المواريث باسباب متعددة كالزوج ابن عم وابن العم اذا كان اخاً لأم بالاتفاق وكذلك الجدات المدليات بقرابتين والارحام والمجوس ونحوهم ممن يدلى بنسبين فانهم يرثون بالجميع على الصحيح من المذهب (ومنها) فى تعليق الطلاق كما لو قال ان كلمت رجلا [فانت طالق وان كلمت فقيها فانت طالق وان كلمت اسود فانت طالق فكلمت

رجلا] فقيهاأسودطلقت ثلاثاً، وكذالوقال ان ولدت ولداًفانت طالق وان ولدت انثى فانت طالق فولدت انثى طلقت طلقتين . وقال الشيخ تقى الدين : لاتطلق إلا طلقة واحدة فى المسائل كلها مع الاطلاق لأن الأظهر من مراد الحالف انت طالق سواء ولدت ذكراً أو انثى وسواء كلمت رجلا أوفقيها أواسود فينزل الاطلاق عليه لاشتهاره فى العرف الا أن ينوى خلافه، ونص الأمام احمد فى رواية ابن منصور فيمن قال لأمرأته أنت طالق طلقة ان ولدت ذكرا وطلقتين ان ولدت انثى فولدت ذكراً وأنثى انه على مانوى، انما أرادولادة واحدة وانكر قول سفيان انه يقع عليها فالأول ماعلق بهوتبين بالثانى ولاتطلق به وقول سفيان هو الذى عليهاصحابنا ابو بكر وابو حفص والقاضى وأصحابه وكذلك ابن حامد وزاد انها تطلق بالثانى أيضاً، والمنصوص اصح لأن الحالف انماحلف على حمل واحد وولادةواحدة والغالب أنه لايكون إلا ولدا واحداً لكنه لما كان ذكراً مرة وانثى اخرى نوع التعليق عليه فاذا ولدت هذا الحمل ذكراً وانثى لم يقع به المعلق بالذكروالانثى جميعا بل المعلق باحدهما فقط لأنه لم يقصد الا ايقاع احد الطلاقين وانما ردده لتردده فى كون المولودذكراًأوانثى ، وينبغى أن يقع اكثر الطلاقين اذا كان القصد تطليقها بهذا الوضع سواء كان ذكراً أو انثى لكنه أوقع بولادة احدهما اكثر من الآخر فيقع به اكثر المعلقين

• تنبيه • اذا كانت الجهة واحدة لم يتعدد الاستحقاق بتعدد الأوصاف المدلية اليها كالوصية لقرابته اذا أدلى شخص بقرابتين والآخر بقرابة واحدة ذكره القاضى فى خلافه فى الوصية للاخوة أنه يستوى الأخوة للابوين والاخوة للأب والاخوة للأم لأن الكل مشتركون فى جهة الاخوة فلا عبرة بتعدد الجهات الموصلة اليها .

﴿ القاعدة العشرون بعد المائة ﴾

يرجح ذو القرابتين على ذى القرابة الواحدة ، وان لم تكن احد اهما لها مدخل فى الاستحقاق فى مسائل :

(منها) فى الاخ للأبوين على الاخ للأب فى الميراث بالولاء رواية واحدة، وخرج ابن الزاغونى فى كتابه التلخيص فى الفرائض رواية أخرى باشتراكه فى مسئلة النكاح (ومنها) تقديم الاخ للأبوين على الاخ للأب فى ولاية النكاح فى احدى الروايتين اختارها أبو بكر ورجحه صاحب المغنى (ومنها) تقديمه عليه فى حمل العاقلة وفيه الروايتان (ومنها) تقديمه عليه فى الصلاة على

الجنازة وفيه الروايتان أيضاً (ومنها) فى الوقف المقدم فيه بالقرب وكذلك الوصية فيترجح الاخ للأبوين على الاخ للأب صرح به القاضى والأصحاب فى الوصية ، وعللوا بان الانفراد بالقرابة كالتقدم(١) بدرجة . وخالف الشيخ تقى الدين فى الوقف وقال لا يرجح فيه بالقرابة الأجنبية عن استحقاق الوقف .

﴿ القاعدة الحادية والعشرن بعد المائة ﴾

فى تخصيص العموم بالعرف وله صورتان : احداهما أن يكون قد غلب استعمال الاسم العام فى بعض افراده حتى صار حقيقة عرفية فهذا يخص به العموم بغير خلاف . فلو حلف لا ياكل شواء اختصت يمينه باللحم المشوى دون البيض وغيره مما يشوى ، وكذلك لو حلف على لفظ الدابة والسقف والسراج والوتد لا يتناول إلا مايسمى فى العرف كذلك ، دون الآدمى والسماء والشمس والجبل فان هذه التسمية فيها هجرت حتى عادت مجازاً : الصورة الثانية أن لا يكون كذلك وهو نوعان . أحدهما مالا يطلق عليه الاسم العام الا مقيداً به ولا يفرد بحال فهذا لا يدخل فى العموم بغير خلاف نعلمه فخيار شنبر وتمر هندى لا يدخلان فى مطلق الثمر والخيار ذكره القاضى فى خلافه ، ونظيره ماء الورد لا يدخل فى اسم الماء المطلق . والنوع الثانى مايطلق عليه الاسم العام لكن الاكثر أن لا يذكر معه إلا بقيد أو قرينة ولا يكاد يفهم عند الاطلاق دخوله فيه ، ففيه وجهان ويتفرع عليهما مسائل :

(منها) لو حلف لا ياكل الرءوس فقال القاضى يحنث باكل كل مايسمى رأساً من رءوس الطيور والسمك ونقله فى موضع عن أحمد ، وقال فى موضع العرف يعتبر فى تعميم الخاص لافى تخصيص العام . وقال أبو الخطاب لا يحنث الا برأس يؤكل فى العادة مفرداً وكذلك ذكر القاضى فى موضع من خلافه أن يمنه تختص بمايسمى رأساً عرفاً وحكى ابن الزاغونى فى الاقناع روايتين احداهما يحنث باكل كل رأس والثانية لا يحنث الا باكل رأس بهيمة الانعام خاصة وعزى الأولى إلى الخرقى وفى الترغيب ذكر الوجه الثانى أنه لا يحنث الا باكل رأس يباع مفردا الا كل عادة قال فان جرت عادة قوم باكل رءوس الظباء حنث به فى ذلك المكان وفى وغيره وجهان مأخذهما هل الاعتبار بأصل العادة أو عادة الحالف انتهى (ومنها) لو حلف لا ياكل البيض فهو على الوجهين أيضا فيحنث عند القاضى باكل بيض السمك وغيره ولا يحنث عند أبى الخطاب الا باكل بيض

(١) كذا فى نسختى الدار . وفى أصلنا : كالتعدد .

يزايل بايضه(١) فى حياته وزعم صاحب الكافى أن التخصيص هنا إنما كان اضافة الا كل الى الرءوس والبيض حيث كانت العادة تختص بعض أنواعها وظاهر كلامه أنه لو علق حكما سوى الاكل لعم بغير خلاف وفيه نظر (ومنها) لو حلف لا يأكل اللحم فاكل لحم السمك ففيه وجهان أيضاً . وقال أحمد فى رواية صالح هو على نيته . قال القاضى معناه إن نوى لحما بعينه لم يحنث باكل غيره مع الاطلاق وهو قول الخرقى ، وقال ابن أبى موسى لا يحنث مع الاطلاق وانما يحنث بادخاله بالنية ولعله ظاهر كلام أحمد (ومنها) لو حلف لا يدخل بيتا فدخل مسجداً أو حماما فالمنصوص فى رواية مهنا أنه يحنث وأنه لا يرجع فى ذلك إلى نية واستدل بان المسجد والحمام يسمى بيتا بالكتاب والسنة وهذا يخالف نصه فى رواية صالح فى لحم السمك فيخرج له فى المسئلة روايتان ، وخرج الاصحاب فى هذا وجها بعدم الحنث وخرجه صاحب المحرر من نصه الآتى فيمن حلف بصدقة ماله أنه يختص بما يسمى عنده مالا وكذا الخلاف لو حلف لا يركب فركب سفينة (ومنها) لو حلف لا يشم الريحان فقال القاضى تختص يمينه بالفارسى لأنه المسمى بالريحان عرفاً ، وقال أبو الخطاب وغيره يحنث بكل نبت له رائحة طيبة لأنه ريحان حقيقة وهذا يعاكس قولهما فى مسئلة الرءوس والبيض (ومنها) لو حلف لا يأكل لحم بقر فهل يحنث بأكل لحم بقر الوحش على وجهين ذكرهما فى الترغيب وخرجهما من وجهين . حكاهما فيما اذا حلف لا يركب حمارا فركب حماراً وحشيا هل يحنث أم لا ؟ والخلاف ههنا يقرب أخذه من مسئلة وجوب الزكاة فى بقر الوحش والحنث فى مسئلة الركوب أضعف لأن الركوب انما يراد به الحمار الأهلى ويشبه هذا الخلاف لأصحابنا فى مرور الحمار الوحشى بين يدى المصلى هل يقطع صلاته أم لا ؟ وقد حكاه أبو البقاء فى شرح الهداية (ومنها) لو حلف لا يتكلم فقرأ أو سبح هل يحنث أو لا المشهور أنه لا يحنث وتوقف أحمد فى رواية (ومنها) لو حلف بعتق عبيده أو أعتقهم منجزا فقال الخرقى وأبو بكر يتناول القن والمدبر والمكاتب وأم الولد وأشقاصه وزاد القاضى عبيد عبده التاجر . ونص عليه أحمد فى المكاتب فى رواية ابن منصور وخرج القاضى رواية بعدم دخول المكاتبين بدون نية من رواية مهنا فى الأشقاص أنهم لا يدخلون فى عتق المماليك إلا أن ينويهم ومأخذه انهم خارجون من مسمى الرقيق والمملوك عرفا ، ولو قيل إن أم الولد كذلك لم يبعد (ومنها) لو حلف بصدقة ماله وأراد البر أو نذره نذر تبرر فانه يتصدق بثلث جميع ماله عند الأصحاب ، ونقل الأثرم عن أحمد أنه سئل هل الثلث من الصامت خاصة أو من جميع ما يملك فقال ذلك على قدر مانوى وعلى قدر مخرج

---

(١) فى ٧١١ : مزايل الخ .

يمينه والأموال عند الناس تختلف . الاعراب يسمون الابل والغنم الاموال وغيرهم يسمى الصامت وغيرهم الأرضين فلو أن اعرابيا قال مالى صدقة أليس كنا نأخذه بابله أونحو هذاقال القاضى فى خلافه فظاهرهذا أنه يرجع الى نيته فى ذلك فان أطلق يرجع إلى عرف الاطلاق عندالنادر . وقال أحمد أيضاًفى رواية صالح اذا قال جاريتى حرة ان لم أصنع كذا و كذا قال ابن عمر وابن عباس تعتق واذاقال مالى فى المساكين لم يدخل فيه جاريته . قال القاضى فظاهر هذا ان الأمة لاتدخل فى عموم المال قال والمذهب التعميم والعجب أنه لم يحك بالتعميم عن أحمد نصا صريحاً ولا ظاهراً (ومنها) لو حلف لامال له وله مال غير زكوى فقال الاصحاب يحنث واخذوه من المسئلة التى قبلها قال ابن الزاغونى فى الاقناع وظاهر كلام أحمد أنه لايحنث لانه قال فى رواية الحربى(١) نحن لانعد الدار والثياب والخادم مالا .

﴿ القاعدة الثانية والعشرون بعد المائة ﴾

يخص العموم بالعادة على المنصوص وذلك فى مسائل :

(منها) لو وصى لأقربائه أوأهل بيته قال أحمد فى رواية ابن القاسم اذا قال لاهل بيتى أو قرابتى فهو على مايعرف من مذهب الرجل ان كان يصل عمته وخالته ونقل سندى نحوه . وقال فى رواية صالح فى الوصية لاهل بيته ينظر من كان يصل من أهل بيته من قبل أبيه وأمه فان كان لايصل قرابته من قبل أمه فاهل بيته من قبل أبيه ، واختلف الاصحاب فى حكاية هذه الرواية على طريقين . أحدهما انها رواية ثالثة فى قرابة الام خاصة انهم لايدخلون فى الوصية الا ان كان يصلهم فى حياته وهذه طريقة القاضى فى المجرد . والطريق الثانى انها هى المذهب وان الاعتبار بمن كان يصله فى حياته بكل حال فان لم تكن له عادة بالصلة فهى لقرابة الأب وهى طريقة القاضى فى خلافه، ونقل عن احمد أنه لااعتبار بالصلة ، قال فى رواية ابن منصور فى رجل وصى فى فقراء أهل بيته وله قرابة فى بغداد وقرابة فى بلاده وكان يصل فى حياته الذين ببغداد . قال : يعطى هؤلاء الحضور والذين فى بلاده وكذلك نقل عبد الله قال أبو حفص البرمكى هذا قول آخر لايعتبر بمن كان يصل فى حياته . قلت ويحتمل أن يقال منع الصلة هاهنا لمن ليس ببغداد قد علم سببه وهو تعذر الصلة للبعد والكلام انما هو فيما تركه مع القدرة عليه ، قال القاضى ويشهد لرواية ابن منصور ماروى عبد الله عنه فى رجل وصى بصدقة فى أطراف بغداد وقد كان ربما تصدق

(١) فى نسختى الدار : الخرقى .

فى بعض الأرباض وهو حى ، قال يتصـــدق عنه فى أبواب بغداد كلها (ومنها) لو وصى لقرابة غيره وكان يصـل بعضهم ، أو وصى للفقهاء أو للفقراء وكان يصل بعضهم . قال القاضى فى خلافه لارواية فيه ولا يمتنع أن نقول فيه مانقوله فى أقارب نفسه (ومنها) لو وقف على بعض أولاده وسماهم ثم على أولاد أولاده فهل يختص البطن الثانى باولاد المسمـين أولا أو يشمل جميع ولد ولده ، نص احمد فى رواية حرب على أنه يشمل جميع ولد الولد ويتخرج وجه آخر بالاختصاص بولد من وقف عليهم اعتباراً بآبائهم فان هذه عطية واحـــدة فحمل بعضها على بعض أقرب من حمل الوصية على العطية فى الحياة ، وهذا النص هو قوله فى رواية حرب فى رجل له ولد صغار خاف عليهم الضيعة فاوقف ماله على ولده وكتب كتاباً وقال هذا صدقة على ولده فلان وفلان سماهم . ثم قال وولد ولده وله ولد غير هؤلاء قال هم شركاء ، فحمله الشيخان صاحب المغنى وصاحب المحرر على ماقلنا وتبويب الخلال يدل عليه ، وقد يقال انما عم البطن الثانى ولد الولد لأن تخصيص البطن الأول بالصغار كان لخوفه عليهم الضيعة وهذا المعنى مفقود فى البطن الثانى فلذلك أشرك فيه أولاد الأولاد كلهم ، وحمله القاضى وابن عقيل على أن البطن الأول يشترك فيه ولد المسمون وغيرهم أخذاً من عموم قوله صدقة على ولده وتخصيص بعضهم بالذكر لا يقتضى التخصيص بالحكم لقوله وملائكته وجبريل وميكال . وهذا فاسد لأن الآية فيها عطف نسق بالواو وهاهنا إما عطف بيان أو بدل وأيهما كان فيقتضى التخصيص بالحكم لأن عطف البيان موضح لمتبوعه ومطابق له وإلا لم يكن بياناً والبدل هو الواسطة المقصود بالحكم فيعين التخصيص به . ولهذا لو قال من له أربع زوجات زوجتى فلانة طالق لم تطلق الثلاث البواقى أو قال من له عبيد عبدى فلان حر لم يعتق من عداه بغير خلاف (ومنها) لو استأجر أجيراً يعمل له مدة معينة حمل على ماجرت العادة بالعمل فيه من الزمان دون غيره بغير خلاف (ومنها) لو حلف لا يأكل من هذه الشجرة اختصت يمينه بما يؤكل منها عادة وهو الثمر دون مالا يؤكل عادة كالورق والخشب .

﴿ القاعدة الثالثة والعشرون بعد المائة ﴾

ويخص العموم بالشرع أيضاً على الصحيح فى مسائل :

(منها) اذا نذر صوم الدهر لم يدخل فى ذلك مايحرم صومه من أيام السنة أوما يجب صومه شرعاً كرمضان على اصح الروايتين (ومنها) لو حلف لا يأكل لحماً لم يتناول يمينه اللحم المحرم على أحد الوجهين (ومنها) لو وصي لأقاربه لم يدخل فيهم الوارثون في احد الوجهين حكاهما في الترغيب وظاهر

كلامه الدخول وظاهر كلام ابن أبى موسى وابن عقيل خلافه (ومنها) لو وكله فى أن يطلق زوجته فهل يدخل فيه الطلاق المحرم على وجهين ذكرهما ابن عقيل وصاحب المحرر (ومنها) لو نذر اعتكاف شهر متتابع فله ان يعتكف فى غير الجامع ويخرج الى الجمعة لاستثنائها بالشرع ، وفيه وجه لايجوز الاعتكاف فى غير الجامع والأول المذهب كما انه لاينقطع فى الصيام المتتابع بصوم رمضان ولافطر أيام النهى .

﴿ القاعدة الرابعة والعشرون بعد المائة ﴾

هل نخص اللفظ العام بسببه الخاص اذا كان السبب هو المقتضى له ؟ فيه وجهان . احدهما : لايخص به بل يقضى بعموم اللفظ وهو اختيار القاضى فى الخلاف والآمدى وأبى الفتح الحلوانى وأبى الخطاب وغيرهم ، واخذوه من نص احمد فى رواية على بن سعيد فيمن حلف لايصطاد من نهر لظلم رآه فيه ثم زال الظلم قال احمد النذر يوفى به . وكذلك أخذوه من قاعدة المذهب فيمن حلف لايكلم هذا الصبى فصار شيخاً أنه يحنث بتكليمه تغليباً للتعيين على الوصف. قالوا : والسبب والقرينة عندنا تعم الخاص ولا تخصص العام والوجه الثانى : لايحنث وهو الصحيح عند صاحبى المغنى والمحرر ولكن صاحب المحرر استثنى صورة النهر وما أشبهها كمن حلف لايدخل بلداً لظلم رآه فيه ثم زال وصاحب المغنى عزى الخلاف اليها ورجحه ابن عقيل فى عمد الأدلة وقال هو قياس المذهب لأن المذهب ان الصفة لاتنحل بالفعل حالة البينونة لأن اليمين بمقتضى دلالة الحال تقتضى التخصيص بحالة الزوجية دون غيرها وكذلك جزم به القاضى فى موضع من المجرد واختاره الشيخ تقى الدين وفرق بينه وبين مسألة النهر المنصوصة بأن نص احمد انما هو فى النذر والناذر اذا قصد التقرب بنذره لزمه الوفاء مطلقاً كما منع المهاجرون من العود الى ديارهم التى تركوها لله وان زال المعنى الذى تركوها لأجله فان ترك شيئاً لله يمتنع فيه العود مطلقاً وان كان بسبب قد يتغير ولهذا نهى المتصدق أن يشترى صدقته ، وهذا احسن وقد يكون جده صاحب المحرر لحظ هذا حيث خص صورة النهر بالحنث مع الاطلاق بخلاف غيرها من الصور . وأما مسألة الحالف على العين الموصوفة بالصفة فان كان ثم سبب يقتضى اختصاص اليمين بحال بقاء الصفة لم يحنث بالكلام بعد زوالها صرح به فى الكافى والمحرر فهى كمسألتنا ، ويتفرع على هذه القاعدة مسائل :

(منها) لو دعى الى غداء فحلف لايتغدى فهل يحنث بغداء غير ذلك المحلوف بسببه على وجهين وجزم القاضى فى الكفاية وصاحب المحرر بعدم الحنث (ومنها) لو حلف لارأيت منكراً إلا رفعته الى

فلان القاضى فعزل فهل تنحل يمينه على وجهين ، وفى الترغيب ان كان السبب أو القرائن تقتضى حالة الولاية اختص بها وان كانت تقتضى الرفع اليه بعينه مثل أن يكون مرتكب المنكر قرابة الوالى مثلا وقصد اعلامه بذلك لأجل قرابته وذكر الولاية تعريفاً تتناول اليمين حال الولاية والعزل وان لم يكن دلالة بحال فهل يبر برفعه اليه بعد العزل ويحنث بتركه على وجهين ، فان كانت يمينه رفعه الى الوالى من غير تعيين فهل يتعين المنصوص فى الحال أم يبرأ بالرفع الى كل من ينصب بعده على وجهين لتردد الألف واللام بين تعريف العهد والجنس ولو علم بمنكر بعد علم الوالى احتمل وجهين . احدهما أن البر قد فات كما لو رآه معه . والثانى لم يفت لأن صورة الرفع ممكنة ثم على الوجه الأول يخرج على ماذا تبدد الماء الذى فى الكوز بعد حلفه على شربه أو أبرأه من الدين بعد حلفه على قضائه وفيه وجهان انتهى . فجعل محل الوجهين اذا انتفت القرائن والدلائل بالكلية ومع دلالة الحال والسبب يختص الرفع بحالة الولاية وجها واحداً (ومنها) لو حلف على عبده أو زوجته أو لغريمه لايخرج إلا باذنه ثم باع العبد وطلق الزوجة ووفا الغريم فهل تنحل يمينه على الوجهين (ومنها) لو قالت له زوجته تزوجت على قال كل امرأة لى طالق فان المخاطبة تطلق بذلك نص عليه فى رواية المروذى وابن هانىء وكذلك نقل عنه أبو داود السجستانى فى رجل تزوج امرأة فقيل له ان لك غيرها فقال كل امرأة لى طالق فسكت فقيل إلا فلانة فقال الا فلانة فانى لم أعنها فابى أن يفتى فيه ، وهذا توقف منه وخرج ابن عقيل فى عمد الأدلة المسألة على روايتين .

﴿ القاعدة الخامسة والعشرون بعد المائة ﴾

النية تعم الخاص وتخصص العام بغير خلاف فيها ، وهل تقيد المطلق أو تكون استثناء من النص على وجهين فيها ، فهذه أربعة أقسام :

أما القسم الأول : فله صور كثيرة (منها) لو حلف على زوجته لاتركت هذا الصبى يخرج فخرج بغير اختيارها ، فنص أحمد فى رواية مهنا أنه ان نوى أن لايخرج من الباب فخرج فقد حنث وان كان نوى أن لاتدعه لم يحنث لأنها لم تدعه (ومنها) لو قال ان رأيتك تدخلين هذه الدار فانت طالق فنص أحمد فى رواية مهنا أنه ان أراد ان لاتدخلها بالكلية فدخلت ولم يرها حنث وان كان نوى اذا رآها فلا يحنث حتى يراها تدخلها . وقرر القاضى فى موضع أن هذا اللفظ ونحوه موضوع فى العرف لعموم الامتناع وكذلك ابن عقيل ، فعلى هذا لايحتاج الى نية العموم

بل اذا اطلق اقتضى الامتناع من شرب الماء فما فوقه خاصة، وصرح به ابن عقيل (ومنها) لوحلف لايدخل هذا البيت يريد هجران قوم فدخل عليهم بيتاً آخر حنث ، نص عليه فى رواية محمد بن يحي الكحال (ومنها) لو حلف لايشرب له الماء ونوى الامتناع من جميع ماله حنث بتناول كل مايملكه (ومنها) لوحلف أن لايضربه ونوى أن لايؤلمه حنث بكل مايؤلمه من خنق وعض وغيرهما نص عليه (ومنها) لو حلف لايكلم امرأته يقصد هجرانها بذلك حنث بوطئها أوماً اليه أحمد (ومنها) لو طلق امرأته طلقة رجعية وحلف لاراجعتها وأراد الامتناع من عودها اليه مطلقاً حنث بتزوجها بنكاح جديد بعد البينونة نص عليه فى رواية ابن منصور (ومنها) لو حلف على زوجته لاخرجت من بيته لتهنئة ولا تعزية ونوى أن لاتخرج أصلا هل يحنث بخروجها لغير تهنئة أو تعزية ؟ فذكر القاضى فى بعض تعاليقه أنه توقف فيها وأن القاضى أبا الطيب الطبرى من الشافعية قال له مقتضى مذهبكم أنه لايحنث لأن الغرض يختلف فى الخروج ولا يوجد المقصود فى كل خروج بخلاف ما اذا قصد قطع المنة فان المنة توجد فى غير المحلوف عليه .

قلت : والصواب الجزم بالحنث هاهنا مطلقاً وعليه يدل نص احمد فى المسألتين الأولتين المذكورتين هاهنا ، ولا يشبه هذا مالوحلف لايلبس من غزلها يقصد قطع المنة فانه لايحنث بالانتفاع بغير الغزل وثمنه من أموالها لأن العموم هناك يستفاد من السبب ، وهنا يستفاد من النية فهو أبلغ .

وأما القسم الثانى : فصوره كثيرة جداً (منها) أن يقول نسائى طوالق ويستثنى بقلبه واحدة أويحلف لايسلم على زيد فسلم على جماعة هو فيهم ويستثنيه بقلبه ووقع فى كلام القاضى وابن عقيل فى هذه المسألة مايقتضى حكاية روايتين فى حنثه فى مسألة السلام، وتأوله صاحب المحرر فى تعليقه على الهداية على أن المراد هل يقبل منه دعوى ارادة ذلك أم لا، قال وقد صرحا بذلك فى موضع آخر من كتابيهما . ولو حلف لايدخل على فلان بيتاً فدخل بيتاً هو فيه مع جماعة ونوى بدخوله غيره هل يحنث خرجه القاضى وابن عقيل وابو الخطاب على وجهين فى مسألة السلام قال صاحب المحرر وعندى فيه نظر لأن الدخول فعل حسى لايتميز بخلاف السلام (ومنها) لو قال لزوجته ان لبست ثوباً فانت طالق وقال أردت أحمراً وقال ان لبست فانت طالق ثم قال أردت ثوباً أحمر وقال ان دخلت الدار فانت طالق ثم قال أردت فى هذه السنة فالجمهور من الأصحاب على أنه يدين فى ذلك وفى قبوله فى الحكم روايتان . وشذ طائفة فحكوا الخلاف فى تديينه فى الباطن منهم الحلوانى وابنه وكذلك وقع فى موضع من مفردات ابن عقيل فى الايمان وكذلك وقع للقاضى فى المجرد قال صاحب المحرر ، وهو سهو وذكر القاضى فى كتاب الحيل إنه ان كان المخصص بالنية ملفوظاً

صح تخصيصه والا فلا . فلو حلف لا يأ كل شيئاً أبداً ونوى به اللحم قبل ، وان حلف لا يأ كل ونوى اللحم لم تنفعه نيته لأنه خصص ماليس فى لفظه ، وحمل حنبل اختلاف كلام احمد فى قبول دعوى خلاف الظاهر فى اليمين على اختلاف حالين لا على اختلاف قولين ، وذكر السامرى فى فروقه أن المنوى ان كان يرفع مقتضى الحكم بالكلية كالاستثناء بالمشيئة فى اليمين بالله أو حيث ينفع لم يصح بالنية الا مع الظلم ، وقد نص احمد فى رواية حرب على صحة استثناء المظلوم فى نفسه بالمشيئة لأنها ترفع الحكم بالكلية فهو كالنسخ فلا يصح بالنية الا مع العذر بخلاف شروط الطلاق ونحوها فانها تصح بالنية مطلقاً لأنها مخصصة لا رافعة .

وأما القسم الثالث : فله صور (منها) اذا نذر الصدقة بمال ونوى فى نفسه قدراً معيناً فنص أحمد فى رواية أبى داود أنه لا يلزمه مانواه ، وخرج صاحب المحرر فى تعليقه على الهداية اللزوم قال وقد نص احمد فيمن نذر صوماً أو صلاة ونوى فى نفسه أكثر مما يتناوله اللفظ انه يلزمه مانواه وهذا مثله ، وكذلك رجح ابن عقيل اللزوم فيما نوى فى الجميع وكذلك ذكر صاحب الكافى انه لو حلف ليأ كلن لحماً او فاكهة أو ليشربن ماء أو ليكلمن رجلا أو ليدخلن داراً وأراد بيمينه معيناً تعلقت يمينه به دون غيره ، وان نوى الفعل فى وقت بعينه اختص به ولم يذكر فيه خلافاً (ومنها) لو قال انت طالق ونوى ثلاثاً فهل يلزمه الثلاث أم لا يقع به اكثر من واحدة على روايتين . وجه القول بلزوم الثلاث ان طالقاً اسم فاعل وهو صادق على من قام به الفعل مرة وا كثر فيكون محتملا للكثرة فينصرف اليها بالنية . ورأيت فى كتاب شرح القوافى لابن جنى ان الافعال كلها للعموم وحكاه عن ابى على وهو غريب ، واما اذا قال ثلاثاً فتطلق ثلاثاً لكن لنا فيه طريقان . احدهما ان ثلاثاً صفة لمصدر محذوف تقديره طلاقاً ثلاثاً والمصدر يتضمن العدد . والثانى ان ثلاثاً صالح لايقاع الثلاث من طريق الكناية وذكر الطلاق يقرر الايقاع بها ككنية الطلاق ويتفرع على المأخذين هل وقع الثلاث بقوله انت طالق أم بقوله ثلاثاً ، ولو ماتت مثلا فى حال قوله ثلاثاً هل تقع الثلاث أو واحدة على وجهين ذكرهما فى الترغيب ، وهذا انما يتوجه على قولنا انه اذا قال انت طالق ونوى ثلاثاً انه يقع به الثلاث أما اذا قلنا لا يقع الثلاث بالنية لم يقع الثلاث الا بقوله ثلاثاً بغير خلاف (ومنها) اذا وقع العقد على اسم مطلق ونوى تعيينه قبل العقد فهل يصح أم لا ؟ قد سبق لنا أن فى صحة النكاح وجهين اذا قال زوجتك بنتى وله بنات ونويا واحدة معينة ، وان مأخذ البطلان اشتراط الشهادة على النكاح وهذا يقتضى صحة سائر العقود التى لا يحتاج فيها الى الشهادة بمثل ذلك ، وصرح صاحب المحرر اذا اشترى شيئاً بثمن مطلق فى الذمة ونوى نقده من المال

المغصوب ونقده منه فهل يكون العقد [باطلا] كما لو وقع على عين المغصوب أو يكون صحيحاً على روايتين. وانما خرج الخلاف فى تقييد المطلق بالنية دون تخصيص العام بها لأن تخصيص العام نقص منه وقصر له على بعض مدلوله وذلك انما يكون بالنية والارادة فهى المخصصة حقيقة وانما تسمى الادلة الدالة على التخصيص مخصصات لدلالتها على الارادة المخصصة وهذا بخلاف تقييد المطلق فانه زيادة على مدلوله فلا تثبت الزيادة بالنية المجردة. فان قيل هذا ينتقض عليكم بتعميم الخاص بالنية فانه الزام زيادة على اللفظ بمجرد النية، قيل الفرق بينهما أن الخاص اذا أريد به العام كان نصاً على الحكم فى صورة لعلة فيتعدى الحكم الى كل ماوجدت فيه تلك العلة وهذا غير موجود فى المطلق اذا أريد به بعض مقيداته .

وأما القسم الرابع : فله صور (منها) لو قال انت طالق ثلاثاً واستثنى بقلبه إلا واحدة فهل يلزمه الثلاث فى الباطن على وجهين . احدهما لايلزمه وهو قول ابى الخطاب وصاحبه الحلوانى . والثانى يقع به الثلاث فى الباطن وهو الذى جزم به السامرى فى فروقه وصاحب المغنى واختاره صاحب المحرر لأن النية انما تصرف اللفظ الى محتمل ولا احتمال فى النص الصريح انما الاحتمال فى العموم ، ويشهد له قول أحمد فى رواية صالح النية فيما خفى ليس فيما ظهر (ومنها) لو قال نسائى الاربع طوالق واستثنى بقوله فلانة فهى كالتى قبلها (ومنها) لو قال كل عبد لى حر واستثنى بقلبه بعض عبيده، فذكر ابن أبى موسى فى صحته روايتين ولكن صحة الاستثناء هنا أظهر وفى كلام أحمد فى [مسألة الاشقاص] مايدل عليه لأن كلا وان كانت موضوعة لاستغراق ما يضاف اليه إلا أنها من صيغ العموم القابلة للتخصيص فى الجملة * تنبيه حسن ، فرق الاصحاب بين الاثبات والنفى فى الايمان فى مسائل وقالوا فى الاثبات لا يتعلق البر الا بتمام المسمى وفى الحنث يتعلق ببعضه على الصحيح . وقالوا الأيمان تحمل على عرف الشرع والشارع اذا نهى عن شىء تعلق النهى بجملته وأبعاضه واذا أمر بشىء لم يحصل الامتثال بدون الاتيان بكماله ، فأخذ الشيخ تقى الدين من هذا ان اليمين فى الاثبات لا تعم وفى النفى تعم كما عمت أجزاء المحلوف قال وقد ذكر القاضى فى موضع من خلافه ان السبب يقتضى التعميم فى النفى دون الاثبات قال الشيخ وهذا قياس المذهب فى الأيمان وقرره بان المفاسد يجب اجتنابها كلها بخلاف المصالح فانه انما يجب تحصيل ما يحتاج اليه منها فاذا وجب تحصيل منفعة لم يجب تحصيل أخرى مثلها للاستغناء عنها بالأولى وكلامه يشمل التعميم بالنية أيضا حتى ذكر فى العلة المنصوصة فى كلام الشارع أنها كانت فى تحريم تعدت بالقياس الى غير المنصوص عليه بالعلة وان كانت ايجابا لم تتعد وذكر ان هذا قياس المذهب وحكى عن

أبي الخطاب أنه لو قال أوجبت كل يوم أكل السكر لأنه حلو وحب أكل كل حلو ثم قال وهذا بعيد بل الذى يقال انه يجب كل يوم أكل شيء من الحلو كائنا ما كان،قال وفيه نظر لأنه يبطل ايجاب السكر وعلى هذا التقدير فمع اشكال فى مسالة قول السيد أعتقت غانما لسواده وأنه لا يعتق عليه كل أسود كما هو قول الجمهور خلافا لما ذكره أبو الفتح الحلوانى وأبو الخطاب .

﴿ القاعدة السادسة والعشرون بعد المائة ﴾

الصور التى لا تقصد من العموم عادة إما لندورها أو لاختصاصها بمانع لكن يشملها اللفظ مع اعتراف المتكلم بأنه لم يرد إدخالها فيه هل يحكم بدخولها أم لا ؟ فى المسألة خلاف ويترجح فى بعض المواضع الدخول وفى بعضها عدمه بحسب قوة القرائن وضعفها ، ويتخرج على هذه القاعدة مسائل كثيرة :

(منهـا) إذا قيل تزوجت على امرأتك فقال كل امرأة طالق هل تطلق المرأة المخاطبة أم لا إذا قال لم أردها ؟ وقد سبق أن أحمد نص تارة على أنها تطلق وتوقف فيها أخرى وخرجها ابن عقيل على روايتـين (ومنها) لو قذف أباه الى آدم وحواء فنص أحمد فى رواية حرب أن عليه حدا واحداً ولم يجعله ردة عن الأسلام لانه لم يقصد دخول الأنبياء فى ذلك ولا يقصد ذلك مسلم ، وخرج شيخ الاسلام ابن تيمية فيها وجها آخر أنه ردة من المسألة الآتية (ومنها) لو قال عصيت الله فيما أمرنى به هل يكون يميـنا ؟ قال القاضى ليس بيمين لأن المشهور تخصـيص المعاصى بالذنوب دون الكفر وقال صاحب المحرر عندى انه يمين لدخول التوحيد فيه (ومنها)لو قال لعبيده وهم عنده أنتم أحرار وكان فيهم أم ولده وهو لا يعلم بها ولم يرد عتقها هل تعتق أم لا على روايتين حكاهما أبو بكر وابن أبى موسى . ونص أحمد على عتقها فى رواية ابن هانى وغيره وشبهها فى رواية أحمد بن الحسين بن حسان بمن نادى امرأة له فأجابته اخرى فطلقها يظنها المناداة وقال تطلق هذه بالاجابة وتلك بالتسمية وهذه المسألة أعنى مسالة المناداة فيها روايتين احداهما تطلق المناداة وحدها نقلها مهنا وهى اختيار الأكثرين كأبى بكر وابن حامد والقاضى فيتعين تخريج رواية فى أم الولد أنها لا تعتق منها وعلى الرواية الثانية تطلق المناداة والمجيبة وظاهر كلام أحمد فى رواية أحمد بن الحسين بن حسان أنهما يطلقان جميعا فى الباطن والظاهر كما يقول فى إحدى الروايتين اذا لقى امرأة يظنها أجنبية فطلقها فاذا هى زوجته ان زوجته تطلق ظاهرا وباطنا ، وزعم صاحب المحرر أن المجيبة انما تطلق ظاهرا والفرق بينهما و بين المطلقة التى يعتقدها أجنبية ان الطلاق هاهنا

صادف محلا فنفذ فيه وهو المناداة فلا يحتاج الى محل آخر بخلاف طلاق من يعتقدها أجنبية فانه لو لم يقع بها للغى الطلاق الصادر من أهله فى محله ولا سبيل اليه وقد أشار أحمد الى معنى هذا الفرق وسنذكره فيما بعد ان شاء الله (ومنها) لو حلف لا يسلم على فلان فسلم على جماعة هو فيهم وهو لا يعلم بمكانه ولم يرده بالسلام فحكى الأصحاب فى حنثه الروايتين ويشبه تخريجهما على مسئلة من حلف لا يفعل ففعله جاهلا بانه المحلوف عليه والمنصوص ها هنا عن أحمد الحنث فى رواية مهنا حتى فيما اذا كان المحلوف عليه مستترا بين القوم بسارية فى المسجد وهو لا يراه ونقل عنه أبو طالب ان كان وحده فسلم عليه وهو لا يعرفه حنث وان كان بين جماعة وهو لم يعلم به لم يحنث لأنه أراد الجماعة وهذا يشبه ما تقدم فى الفرق بين المناداة إذا أجابت غيرها وبين من يطلقها يعتقدها أجنبية فان المحلوف عليه لم يقصد السلام عليه بالكلية وهناك من يصح قصده وغيره فانصرف السلام اليه دونه بخلاف ما اذا كان وحده [فان المحلوف عليه وجد] ولكن مع الجهل به وقد تأول القاضى رواية أبى طالب هذه على أنه أخرجه بالنية من السلام ولا يصح لأنه لم يكن عالما بحضوره بينهم فكيف يستثنيه بالنية (ومنها) لو وقف المسلم على قرابته أو أهل قريته أو وصى لهم وفيهم مسلمون وكفار لم يتناول الكفار حتى يصرح بدخولهم نص عليه فى رواية حرب وأبى طالب ولو كان فيهم مسلم واحد والباقى كفار ففى الاقتصار عليه وجهان لأن حمل اللفظ العام على واحد بعيد جدا (ومنها) لو تهايا المعتق بعضه هو وسيده على منافعه وأكسابه فهل يدخل فيها الأكساب النادرة كالركاز والهدية واللقطة أم لا على وجهين (ومنها) لو قال ما أحل الله على حرام وله زوجة ومال وقال لم أرد زوجتى فهو مظاهر عليه كفارة الظهار نص عليه فى رواية ابن منصور لأن الزوجة أشهر أفراد الحلال الذى يقصد تحريمه ولا ينصرف الذهن ابتداء الى غيره فلا يصح اخراجه من العموم بعدم ارادة دخوله وانما يصح اخراجه بارادة عدم دخوله ، فاما ان لم تكن له زوجة وله مال فهو يمين كسائر تحريم المباحات واذا كان له زوجة ومال فعليه كفارة ظهار لا غير نص عليه أحمد فى رواية ابن منصور وأبى طالب فى صورة كلما أحل الله على حرام ، وقال ابن عقيل يجب مع كفارة الظهار كفارة يمين لدخول المال فى العموم ، ووجه القاضى نص أحمد بتوجيهات مستبعدة وعندى فى تخريجه وجهان أحدهما ان المتبادر الى الافهام من تحريم الحلال تحريم الزوجة دون الأموال فانها لا تقصد بالتحريم فلا تدخل فى العموم لكونها لا تقصد عادة فتكون المسئلة حينئذ من صور القاعدة والثانى أن تكون مخرجة على قوله بتداخل الايمان وان موجبها واحد فان الجنس ها هنا واحد وهو تحريم الحلال فصار موجبه كفارة واحدة ثم تعينت بكفارة الظهار لدخول كفارة اليمين

فيهامن غير عكس .

﴿ القاعدة السابعة والعشرون بعد المائة ﴾

إذا استندا تلاف اموال الآدميين ونفوسهم الى مباشرة وسبب تعلق الضمان بالمباشرة دون السبب إلا أن [تكون] المباشرة مبنية على السبب وناشئة عنه سواء كانت ملجئة اليه أوغير ملجئة ثم ان كانت المباشرة والحالة هذه لاعدوان فيها بالكلية استقل السبب وحده بالضمان ، وان كان فيها عدوان شاركت السبب فى الضمان . فالاقسام ثلاثة ، ومن صور القسم الأول مسائل :

(منها) اذا حفر واحد بئراً عدواناً ثم دفع غيره فيها آدميا معصوماً أوما لا لمعصوم فسقط فتلف فالضمان على الدافع وحده (ومنها) لو فتح قفصاً عن طائر فاستقر بعد فتحه فجاء آخر فنفره فالضمان على المنفرد وحده (ومنها) لو رمى معصوماً من شاهق فتلقاه آخر بسيف فقده به فالقاتل هو الثانى دون الأول . فاما ان لو ضرب بطن امرأة فالقت جنيناً وفيه حياة غير مستقرة فضربه آخر فمات فالقاتل هو الأول وعليه الغرة ويعزر الثانى لأن الضارب ليس بمتسبب بل هو مباشر للقتل فلذلك لزمه الضمان وكذا لو رمى به صيداً فاصاب مقتله ثم رماه آخر فمات فالقاتل هو الأول فيباح الصيد بذلك والثانى جان عليه فيضمن ماخرق من جلده هذا قول القاضى والا كثرين وخرجه طائفة على الخلاف فى تحريم ماسقط بعد الذبح فى بناء ونحوه لأعانته على قتله وظاهر كلام الخرقى تحريمه هاهنا فيضمن الثانى قيمته كاملة ويسقط منها قدر جرح الأول :

ومن صور القسم الثانى مسائل : (منها) اذا قدم اليه طعاماً مسموماً عالماً به فا كله وهو لا يعلم بالحال فالقاتل هو المقدم وعليه القصاص او الدية (ومنها) لو قتل الحا كم حداً أو قصاصاً بشهادة ثم أقر الشهود أنهم تعمدوا الكذب فالضمان والقود عليهم دون الحا كم ونقل أبو النصر العجلى (١) عن احمد اذا رجم الحا كم بشهادة أربعة ثم تبين أن المرجوم مجبوب فالضمان على الحا كم وهو مشكل لأنه قد تبين كذبهم بالعيان فهو كاقرارهم بتعمد الكذب وقد يفرق بان المجبوب لا يخفى أمره غالباً فالأقدام على رجمه لا يخلو من تفريط وبان الشهود قد يشتبه عليهم فلا يتحقق تعمدهم للكذب وأما ان تبين أن الشهود فسقة أو كفار وقلنا ينقض الحكم وكان الحق لآدمى فالضمان على المحكوم له وان كان لله تعالى فله حالتان . احداهما ان يستند الحا كم فى قبول الشهادة الى تزكية من زكاهم وفيه ثلاثة أوجه. احدهما الضمان على المزكيين قاله أبو الخطاب وصححه صاحب الكافى والترغيب لأنهم الجاؤا الحا كم الى الحكم والحا كم فعل ماوجب عليه والشهود لا يعترفون ببطلان شهاداتهم

(١) ٧١١ : ابن النضر .

فيتعين احالة الضمان على المزكين . والثانى الضمان على الحاكم وحده قاله القاضى وابن عقيل فى كتاب الشهادات لأنه مفرط بالحكم بشهادة من لا تجوز شهادتهم وحكمه يختص بالمحكوم به بخلاف التزكية فانها لاتختص المحكوم به. والثالث يخير المستحق بين تضمين من شاء من الحاكم والمزكيين والقرار على المزكين قاله القاضى وابن عقيل فى كتاب الحدود لماذكرنا من وجه تغريم كل منهما فيخير المستحق ويستقر الضمان على المزكين لالجائهم الحاكم الى الحكم . وحكى عن أبى الخطاب وجه رابع ان الضمان على الشهود كما لو رجعوا عن الشهادة ولا يصح حكايته عنه لتصريحه بخلافه وهو غير متجه لأنهم لم يعترفوا ببطلان شهادتهم ولاظهر كذبهم بخلاف الراجعين عن الشهادة ولكن ذكر القاضى وأبو الخطاب رواية أنه لا ينقض الحكم ويضمن الشهود وهذا ضعيف جدا، وخرج صاحب المحرر فى تعليقه على الهداية ضمان الشهود من احدى الروايتين فيما اذا شهد أربعة بالزنا ثم بانوا فساقاً فانهم يحدون على إحدى الروايتين وان لم يعترفوا ببطلان قولهم ، وهذا تخريج ضعيف لأن الشهادة بالزنا قذف فى المعنى موجبة للحد فى نفسها الا أن يوجد معها كمال النصاب المعتبر ولم يوجد ذلك هنا ولذلك يجب عليهم حد القذف سواء استوفى من المشهود عليه الحد أولا، وليس المستوفى من الشاهد نظير المستوفى من المشهود عليه . وأما الشهادة بالمال فلا يترتب عليها ضمان الا بعد ان ينشأ عنها غرم ثم يتبين بطلانها أما باقرار الشاهد أو يتبين كذبها بالعيان ولم يوجد هنا واحد منهما . والحالة الثانية : أن لا يكون ثم تزكية فالضمان على الحاكم وحده ذكره الخرقى والأصحاب لتفريطه بقبول من لاتجوز قبول شهادته من غير إلجاء له إلى القبول (ومنها) المكره على اتلاف مال الغير وفى الضمان وجهان. احدهما أنه على المكره وحده لكن للمستحق مطالبة المتلف ويرجع به على المكره لانه معذور فى ذلك الفعل فلم يلزمه الضمان بخلاف المكره على القتل فانه غير معذور فلهذا شاركه فى الضمان وبهذا جزم القاضى فى كتاب الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر وابن عقيل فى عمد الأدلة. والثانى عليهما الضمان كالدية صرح به فى التلخيص وذكره القاضى فى بعض تعاليقه احتمالا وعلل باشتراكهما فى الاثم وهذا تصريح بان الاكراه لايبيح اتلاف مال الغير وكان فرض الكلام فى الوديعة وحكى احتمالا آخر ان الضمان على المتلف وحده كما لو اضطر إلى طعام الغير فاكله وهذا ضعيف جدا لأن المضطر لم يلجئه الى الاتلاف من يحال الضمان عليه . ولو أكره على تسليم الوديعة الى غير المالك فقال القاضى لاضمان لأنه ليس باتلاف و كذا ذكره فى بعض تعاليقه وصرح به فى المجرد مفرقا بينه وبين الاكراه على القتل بان القتل لايعذر فيه بالاكراه بخلاف هذا وهذا التعليل يشمل الاتلاف أيضا وتابع ابن عقيل فى الفصول

وصاحب المغنى القاضى فى المجرد وفى شرح الهداية لابى البركات المذهب أنه لا يضمن كما لو حلف لايدخل الدار فدخلها مكرهاً وفى الفتاوى الرجبيات عن أبى الخطاب وابن عقيل الضمان مطلقا لأنه افتدى بها ضرره وعن ابن الزاغوانى أنه ان اكره على التسليم بالتهديد والوعيد فعليه الضمان ولا اثم وإن ناله العذاب فلا إثم ولاضمان. وأشار صاحب المحرر فى مسئلة الاكراه على الا كل فى الصوم من شرح الهداية إلى خلاف فى أصل جواز تضمين المكره على اتلاف المال وقدذكر صاحب المغنى فى الايمان ان المحرم اذاقتل صيداً مكرها فضمانه على المكره له وقد نص احمد فى رواية ابن ثواب على أن حافر البئر عدواناً اذا اكرهه السلطان على الحفر لم يضمن لكن هذا اكراه على السبب دون المباشرة وهذه النقول الثلاثة ترجع الى أنه لايضمن ابتداء من لا يستقر عليه الضمان وقد تقدم ذلك ، وأما المكرهة على الوطىء فى الحج والصيام اذا افسدنا حجها وصيامها فهل يجب عليها الكفارة فى مالها أولا يجب عليها شىء أو يجب على الزوج أن يتحملها عنها على ثلاث روايات ، وتأول بعضهم الأولى على أنها ترجع بها على الزوج . والمكره على حلق رأسه فى الاحرام تجب الفــديه على الحالق فى أشهر الوجهين قاله أبو بكر . والثانى على المحلوق يرجع بها على الحالق ذكره ابن أبى موسى وجها لأن حلق الشعر كالاتلاف ولهذا يستوى عمده وسهوه على المشهور .

ومن صور القسم الثالث مسائل :

(منها) المكره على القتل والمذهب اشتراك المكره والمكره فى القود والضمان لأن الاكراه ليس بعذر فى القتل وذكر القاضى فى المجرد وابن عقيل فى باب الرهن ان أبا بكر ذكر أن القود على المكره المباشر ولم يذكر على المكره قوداً قالا والمذهب وجوبه عليهما كما نص عليه أحمد فى الشهود الراجعين اذا اعترفوا بالعمد وقد بين القاضى فى خلافه كلام أبى بكر وأنه قال فى الاسير اذا اكره على قتل مسلم فقتله فعليه القود وهاهنا المكره ليس من أهل الضمان لأنه حربى فلذلك لم يذكر تضمينه وذكر ابن الصيرفى أن أبا بكر السمرقندى من أصحابنا خرج وجهاً أنه لاقود على واحد منهما من رواية امتناع قتل الجماعة بالواحد وأولى لأن السبب هاهنا غير صالح فى كل واحد منهما لأن احدهما متسبب والآخر ملجأ وفى صورة الاشتراك هما مباشران مختاران (ومنها) الممسك مع القاتل فانهما يشتركان فى الضمان والقود على احدى الروايتين وفى الأخرى يختص المباشر بهما ويحبس الماسك حتى يموت (ومنها) لو حفر بئراً عدواناً فى الطريق فوضع آخر حجراً الى جانبها فهل يختص بالضمان الواضع جعلا له كالدافع أو يشتركان فيه كالممسك والقاتل

على روايتين . ولو كان الحافر غير متعد فالضمان على الواضع وحده وهى من صور القسم الثانى (ومنها) لودل المودع لصاً على الوديعة فسرقها فالضمان عليهما ذكره القاضى وغيره كما لو دل المحرم محرماً آخر على صيد فقتله ، ولو دل حلالا فالضمان على المحرم وحده وهى من صور القسم الثانى (ومنها) لو احرم وفى يده المشاهدة صيد وتمكن من ارساله فلم يفعل حتى قتله محرم آخر ففيه احتمالان ذكرهما القاضى فى المجرد . أحدهما الضمان على القاتل لأنه مباشر والأول متسبب غير ملجىء . والثانى الضمان عليهما على الأول باليد وعلى الثانى بالمباشرة . ويتخرج على هذين الوجهين كل من أتلف عيناً فى يد من هى مضمونة عليه باليد هل يضمن المتلف وحده الجميع دون صاحب اليد او يجوز تضمين صاحب اليد ويرجع على المتلف ؟ وفرض القاضى فى كتاب التخريج مسألة الصيد فى حالين صاد أحدهما فى الحرم صيداً فقتله الآخر فيه وذكر أن عليهما جزاءين كاملين أحدهما على القاتل بقتله والآخر على الممسك لتلفه فى يده قبل ارساله ثم يرجع الذى فى يده على القاتل بماغرمه لأنه قرر عليه ضماناً كان قادراً على التخلص منه بالأرسال ، وصرح فى(١) أثناء المسألة بان المغصوب اذا أتلفه متلف فى يد الغاصب كان المالك مخيراً فى المطالبة لمن شاء منهما .

﴿ القاعدة الثامنة والعشرون بعد المائة ﴾

اذا اختلف حال المضمون فى حالى الجناية والسراية . فهاهنا أربعة أقسام :

أحدها : أن يكون مضموناً فى الحالين لكن يتفاوت قدر الضمان فيهما فهل الاعتبار بحال السراية أوحال الجناية على روايتين . والقسم الثانى : أن يكون مهدراً فى الحالين فلا ضمان بحال . والثالث : أن تكون الجناية مهدرة والسراية فى حال الضمان فتهدر تبعاً للجناية بالاتفاق . والرابع : أن تكون الجناية فى حال الضمان والسراية فى حال الاهدار فهل يسقط الضمان أم لا ؟ على وجهين .

فاما القسم الأول فله امثلة .

(منها) لو جرح ذمياً فاسلم ثم مات فلا قود ، وهل يجب فيه دية مسلم أو دية ذمى على وجهين اختار القاضى وأبو الخطاب وجوب دية ذمى اعتباراً بحال الجناية وابن حامد وجوب دية مسلم ، وذكر ابن أبى موسى أنه نص أحمد وبكل حال فالدية تكون لورثته من المسلمين لأنه استحق ارش جرحه حياً فملكه ثم أسلم ومات فانتقل ماملكه الى ورثته المسلمين ذكره القاضى فى خلافه

(١) فى ٧١١ : وخرج من أثناء الخ

وأبو الخطاب فى الانتصار (ومنها) لو جرح عبداً ثم اعتق ثم مات من الجرح فهل يضمن بقيمته أو بديته على روايتين ، نقل حنبل عن أحمد يضمنه بقيمته لا بالدية وكذلك ذكره أبو بكر فى خلافه ونصره القاضى فى الخلاف أيضاً ، ونقل ابن منصور عنه فيمن ضرب بطن أمة فاعتقت ثم اسقطت جنيناً حياً ثم مات هو حر وعليه ديته لأن العتق لايجب الا بالولادة وهذا اختيار ابن حامد ، وحكى عنه القاضى انه يجب أقل الأمرين من قيمة العبد أو الدية . وحكى أبو الخطاب عن القاضى أن ابن حامد أوجب دية حر للمولى منها أقل الأمرين من نصف الدية أو نصف القيمة والباقى لورثته. وذكر القاضى فى المجرد احتمالا بوجوب اكثر الأمرين من القيمة أو الدية . وذكر ابن أبى موسى أن المنصوص فى الذمى اذا اسلم وجوب دية مسلم وفى العبد اذا عتق قيمة عبد ثم خرج المسألة على روايتين وعلى الأول فجميع القيمة للسيد ذكره أبو بكر والقاضى والأصحاب لأن السراية لاتثبت منفردة وانما تجب تابعة للجناية وقد ثبت أرش الجرح للسيد حين كان المجروح عبداً لايملك فتتبع السراية الجناية ويكون ارشها لمستحق أرش الجناية وهو السيد ، وهكذا لو باعه المولى بعد الجرح ثم مات عند المشترى فالقيمة كلها للأول ذكره القاضى، وذكر ابن الزاغونى فى الاقناع فيما اذا قطع يدى عبد وقيمته الفا دينار فاعتقه سيده ثم مات احتمالين . أحدهما : أن الألفين بين السيد والورثة نصفين توزيعاً للقيمة على السراية والجناية . والثانى : يقسم بينهما أثلاثاً لأن للسيد مايقابل اليدين وهو كمال الدية وللورثة كمال الدية وهو بقدر نصف القيمة ولاقصاص على الحر المسلم فى هذه المسألة والتى قبلها لانتفاء المكافاة حال الجناية .

« تنبيه » ذكر القاضى فى خلافه أن رواية الضمان بدية حر نقلها حرب عن أحمد وتبعه صاحب المحرر وزاد أن للسيد منها أقل الأمرين ولم ينقل حرب شيئاً من ذلك وانما نقل أنه ذكر له قول الزهرى يضمنه بقيمة مملوك فقال ماأدرى كيف هذا؟ ولم يجب بشىء، وهذا يدل على أنه انكر ضمانه بالقيمة وانما نقل ابن منصور عن احمد أنه يضمنه بدية حر كاملة باللفظ الذى زعم القاضى أن حرباً نقله (ومنها) لو ضرب بطن امة حامل فاعتقت أو جنينها ثم القته ميتاً فهل يضمنه بغرة جنين حر أو بقيمة جنين أمة على وجهين، وكذلك لو ضرب بطن نصرانية حامل بنصرانى فاسلمت ثم القت جنيناً ميتاً هل يضمنه ضمان جنين مسلم أو ذمى على الوجهين (ومنها)لو قطع يدى عبد وقيمته الفان ثم سرت الى نفسه ومات وقيمته الف [فقال القاضى فى خلافه قياس المذهب أنه يضمنه بالفين لأن نقصان القيمة] كنقصان بدله بالحرية وقد قلنا يضمن بالفين اذا عتق كذلك هاهنا قال وهذا

موضع مجمع عليه لأن موته حصل بقطع يده وقيمته فى تلك الحال الفان، ويلتحق بهذا ما اذا جرح ذمى خطأ ثم أسلم وسرى الجرح الى النفس وفيه ثلاثة أوجه مذكورة فى المغنى والمحرر. أحدها : الدية على عاقلته حال الجرح وبه جزم فى الكافى والمحرر اعتباراً بحال الجناية. والثانى: على عاقلته ارش الجرح والزائد بالسراية فى ماله لأنه حصل بعد مخالفته لدين عاقلته. والثالث: الدية كلها فى ماله كما لو اختلفت ديته حال الرمى والأصابة على ما يأتى ذكره لأن ارش الجرح إنما يستقر بالاندمال أو السراية ، ولو كان الجانى ابن معتقة لقوم ثم انجز ولاؤه الى موالى أبيه ففى المحرر هو على هذا الخلاف وفى الكافى الدية فى ماله ولم يذكر خلافاً.

وأما القسم الثانى فمن أمثلته : ما اذا جرح عبداً حربياً ثم عتق ثم مات، أو جرح عبداً مرتداً ثم عتق ثم مات فلا ضمان لأن الحربى والمرتد لا يضمن حراً كان أو عبداً

وأما القسم الثالث فله أمثلة : (منها) لو جرح حربياً ثم أسلم ثم مات فلا ضمان (ومنها) لو جرح مرتداً ثم أسلم ثم مات فلا ضمان أيضاً. وذكر صاحب الترغيب أن الضمان هنا مخرج على الضمان فيما اذا طرىء الاسلام بعد الرمى وقبل الاصابة (ومنها) لو جرح صيداً فى الحل ثم دخل الحرم فمات فيه فلا ضمان ويحل أكله لأنه ذكاة فى الحل ذكره القاضى ونص عليه أحمد فى رواية ابن منصور ، وقد سأله عن قول سفيان فى صيد ذمى فى الحل فتحامل فدخل الحرم فمات قال ليس عليه كفارة ويكره أكله لأنه مات فى الحرم. قال أحمد ما احسن ما قال. وهذه الكراهة كراهة تنزيه (ومنها) لو جرح عبد نفسه ثم عتق ثم مات فهل يضمنه أم لا على وجهين ذكرهما فى الترغيب لأن عبد نفسه انما يهدر ضمانه على السيد دون غيره فهو مضمون فى الجملة بخلاف المرتد والحربى وظاهر كلام القاضى أنه يضمنه بدية حر، وأما على قول أبى بكر أن الضمان بالقيمة فلا اشكال فى عدم ضمانه ولهذا خرجه صاحب الكافى على الوجهين فى الاعتبار بحال الجناية أو السراية .

وأما القسم الرابع فله أمثلة : (منها) لو جرح مسلماً أو قطع يده عمداً فارتد ثم مات فهل يجب القود فى طرفه أم لا على وجهين المرجح منهما عدمه لأن الجراحة صارت نفساً لا قود فيها بالاتفاق، وفى الترغيب أصل الوجهين الخلاف فيما اذا قطع يده عمداً فسرت الى نفسه هل يقتص فى الطرف ثم فى النفس أم فى النفس حسب ؟ وعلى وجه ثبوت القود هل يستوفيه الامام أو وليه المسلم على وجهين ، والمحكى عن ابى بكر أنه يستوفيه الولى . قال فى الترغيب أصلهما أن ماله هل هو فىء أو لورثته وهو ظاهر كلام الآمدى ، قال فى الترغيب وعلى القول بأن الوارث

يستوفيه لو عفا على مال لم يكن له المال لامتناع إرثه وفى المحرر الوجهان على قولنا ماله فىء ، وأما ضمان طرفه ففيه وجهان أحدهما لا ضمان أيضاً لأن الجناية صارت نفسا مهدرة والثانى يضمن لثبوت ضمان الطرف قبل الردة ، ثم هل يضمن بأقل الأمرين من دية النفس أو الطرف أو بدية الطرف مطلقا على وجهين المرجح منهما الأول لم يذكر فى المحرر سواه (ومنها) لو جرح صيدا فى الحرم فخرج الى الحل فمات لزمه كمال ضمانه ذكره القاضى وأبو الخطاب فى خلافيهما تغليبا لضمان الصيد حيث كان له حالان يضمن فى أحدهما دون الآخر كالمتولد بين مأكول وغيره ، ويتوجه أن يضمن أرش جرحه خاصة من المسئلة التى قبلها .

﴿ القاعدة التاسعة والعشرون بعد المائة ﴾

اذا تعين(١) حال المرمى أو الرامى بين الرمى والاصابة ، فهل الاعتبار بحال الاصابة أم بحالة الرمى أم يفرق بين القود والضمان أم بين أن يكون الرمى مباحا أو محظوراً؟ فيه للأصحاب أوجه يتفرع على ذلك مسائل :

(منها) لو رمى مسلم ذميا أو حر عبداً فلم يقع بهما السهم حتى أسلم الذمى وعتق العبد ثم ماتا فهـل يجب القود أم لا على وجهين . أحدهما: لا يجب وهو قول الخرقى وابن حامد وصححه القاضى لفقد التكافىء حين الجناية وهو حالة الارسال فهو كما لو رمى الى مرتد فاسلم قبل الاصابة . والثانى: يجب وهو قول أبى بكر وأخذه مما روى الحسن بن محمد بن الحارث عن أحمد فى رجل أرسل سهما على زيد فأصاب عمرواً قال هو عمد عليه القود. فاعتبر الرمى المحظور اذا أصاب به معصوما وان كان غير المقصود. وفرق أبو بكر بين رمى المرتد والذمى بأن رمى المرتد مباح ورده القاضى بان رميه للامام لا الى آحاد الناس فهو غير مباح لآحادهم وأما النص المذكور فلم يجب عنه القاضى ويمكن الجواب عنه بانه قصد هناك مكافئـا وأصاب نظيره وهنا لم يقصد مكافئا ، وقد خرج صاحب الكافى وجوب القصاص فى مسألة النص على قول أبى بكر وقد تبين أنها أصله وأما صاحب المحرر فجعله خطأ بغير خلاف لأنه أصاب من لم يقصده فاشبه ما اذا قصد صيدا وهذا ضعيف لأنه قصد معصوما فاصاب نظيره بخلاف من قصد صيدا ، ولهذا لو قصد صيدا معينا فأصاب غيره حل بخلاف ما اذا رمى هدفا يعلمه فاصاب صيدا فانه لا يحل أما لو ظن الهدف صيدا فاصاب صيدا فوجهان وقد يتخرج هاهنا مثلها لو رمى هدفا يظنه آدمياً معصوماً فأصاب

(١) فى نسختى الدار : اذا تغير .

آدميا معصوماً غيره لأن أصل الرمى كان محظوراً فهذا الكلام فى القود. وأما الضمان فيضمنه بدية حرذكره الخرقى والقاضى والأكثرون ولم يحكوا فيه خلافا حتى نقل صاحب الترغيب اتفاق الأصحاب على ذلك اعتبارا بحالة الاصابة فانه إنما أصاب حرا مسلما وتكون دية المعتق لورثته دون السيد ذكره القاضى (ومنها) لو رمى الى مرتد أوالى حربى فاسلما ثم وصل اليهما السهم فقتلهما فلا قود بغير خلاف لأن دمهما حال الرمى كان مهدرا ،وهل يجب الضمان فيه ثلاثة أوجه . أحدها وجوبه فيهما قاله القاضى فى خلافه والآمدى وأبو الخطاب فى موضع من الهداية وعزاه غير واحد الى الخرقى اعتبارا بحالة الاصابة وهما حينئذ مسلمان معصومان ولا أثر لانتفاء العصمة حال السبب كما لو حفر بئرا لهما فوقعا فيها بعد اسلامهما فانه يضمنهما بغير خلاف ذكره القاضى وغيره. قال القاضى ولا نسلم ان رمى الحربى والمرتد مباح مطلقا بل هو مراعا فان أسلم قبل الوقوع تبينا انه لم يكن مباحا. والثانى لاضمان فيهما وهو أشهر وحكاه القاضى فى روايته عن أبى بكر فى المرتد وقال لاخلاف فيه فى المذهب لأن رميهما كان مامورا به وقد حصل على وجه لا يمكن تلافيه فأشبه ماإذا جرحهما ثم أسلما. والثالث يضمن المرتد دون الحربى وأصل هذا الوجه طريقة القاضى فى المجرد وابن عقيل وأبو الخطاب فى موضع من الهداية انه لا يضمن الحربى بغير خلاف وفى المرتد وجهان ، والفرق ان المرتد قتله الى الامام فالرامى اليه متعد وهو كالرامى الى الذمى بخلاف الحربى فان لكل أحد قتله فرميه ليس بعدوان اما عكسه وهو لما رمى الى معصوم فاصابه السهم وهو مهدر كمسلم ارتد وذمى نقض العهد بين الرمى والاصابة فلا ضمان بغير خلاف أعلمه بين الأصحاب لأن الاصابة لم تصادف معصوماً فهو كما لو رمى معصوما فاصابه السهم بعد موته وكذلك لو رمى عبداً قيمته عشرون ديناراً فاصابه السهم وقيمته عشرة فانه يضمنه بقيمته وقت الاصابة لا وقت الرمى بغير خلاف ذكره القاضى وغيره (ومنها) لو رمى الذمى سهما الى صيد فاصاب آدميا وقد أسلم الرامى فقال الآمدى يجب ضمانه فى ماله لانه لم يكن مسلما حال الرمى لتعقله عاقلته المسلمون ولا يجب على عاقلته من أهل الذمة لأنه حين الاصابة كان مسلما وبذلك جزم صاحب المحرر والكافى وكذلك حكم ماإذا رمى بن معتقة فلم يصب حتى أنجز ولاؤه الى موالى أبيه ولو رمى مسلماً سهما ثم ارتد ثم اصاب سهمه فقتل فهل تجب الدية فى ماله اعتباراً بحال الاصابة ام على عاقلته اعتباراً بحال الرمى على وجهين ذكرهما صاحب المستوعب. ويخرج منها فى المسئلتين الأولتين وجهان ايضاً احدهما ان الضمان على اهل الذمة وموالى الام. والثانى انه على المسلمين وموالى الاب (ومنها) لو رمى الحلال الى صيد ثم احرم قبل ان يصيبه ضمنه ولو رمى المحرم الى صيد ثم

احل قبل الاصابة لم يضمنه اعتباراً بحال الاصابة فيما ذكره القاضى فى خلافه فى الجنايات قال ويجىء على قول احمد فيمن رمى طيراً على غصن فى الحل اصله فى الحرم أن يضمن هنا فى الموضعين تغليبا للضمان انتهى. ويتخرج عدم الضمان فيما اذا رمى وهو محل ثم أحرم من عدم ضمان الحربى اذا أسلم قبل الاصابة اعتباراً بأباحة الرمى، إلا ان يفرق بأن قصد الاحرام عقيب الرمى سبب الى الجناية على الصيد فيه ولا سيما ان قصد الرمى قبل الاحرام لذلك (ومنها) لو رمى الحلال من الحل صيدا فى الحرم فقتله فعليه ضمانه على المنصوص قال أحمد فى رواية ابن منصور فى رجل رمى صيدا فى الحل فاصابه فى الحرم قال عليه جزاؤه. وقال أيضاً فى روايته وذكر له قول سفيان لو رمى شيئاً فى الحل فدخلت رميته فى الحرم فأصابت شيئاً ضمن لأن يده التى جنت. قال أحمد ماأحسن ما قال! وكذلك نص احمد فى رواية ابن منصور فى شجرة فى الحل غصنها فى الحرم عليه طير لايرمى ولم يفصل بين رميه من الحل والحرم وبهذا جزم ابن أبى موسى والقاضى والأكثرون ولم يذكر القاضى فى خلافه سواه لأنه صيد معصوم بمحله فلا يباح قتله بكل حال وفيه الضمان. وذكر القاضى فى المجرد وأبو الخطاب وجماعة رواية أخرى أنه لايضمنه اعتبارا بحال الرامى ومحله وهوضعيف ولا يثبت عن أحمد وإنما أخذه القاضى من رواية ابن منصور فى إباحة الأصطياد بالكلب وارساله من الحرم الى الحل. قال فظاهر هذا أنه متى كان أحدهما فى الحل والآخر فى الحرم فلا ضمان ولا يصح لوجهين. أحدهما أن النص فى الكلب والكلب له فعل اختيارى فاذا أرسله فى الحرم على صيد فى الحل فهو بمنزلة من وكل عبده فى الحرم فى شراء صيد من الحل وذبحه فيه. وهذا بخلاف ما اذا أرسل سهمه لأنه منسوب الى فعله ولهذا فرق احمد فى رواية ابن منصور بين ان يرسل سهمه من الحل الى صيد فى الحل فيدخل الحرم فيقتل فيه فيضمنه وبين أن يرسل الكلب فلا يضمن لأن دخول الكلب الى الحرم باختياره ودخول السهم بفعل الرامى، ولهذا لو أصاب سهم هذا آدميا لضمنه ولو أصاب الكلب آدميا لم يضمنه وإلى هذا التفريق أشار ابن أبى موسى حيث ضمن فى رمى السهم فى المسئلتين ولم يضمن فى صيد الكلب إذا أرسله فى الحل فصاد فى الحرم إلا أن يرسله بقرب الحرم، وأما إن أرسله فى الحرم فصاد فى الحل فحكى فيه روايتين قال والاظهر عنه أنه لاجزاء فيه ولكن القاضى انما صرح بالخلاف فى الكلب وأبو الخطاب هو الذى طرد الخلاف فى السهم. والوجه الثانى أن هذا النص انما يدل على انتفاء الضمان فيما اذا أرسل سهمه من الحرم على صيد فى الحل لأن صيد الحل غير معصوم فلا يصح الحاق صيد الحرم به، وقد فرق طوائف من الأصحاب بين الصورتين فمنهم من جزم بنفي الضمان

فيما إذا أرسل سهمه من الحرم إلى الحل وبالضمان فى العكس من غير خلاف حكاه فيهما وهو فى المبهج للشيرازى. ومنهم من حكى الخلاف فيهما وصحح الفرق وهو صاحب المغنى، ومنهم من حكى الخلاف فيما إذا أرسل سهمه من الحرم الى الحل ولم يحك الخلاف فى ضمان عكسه وهو القاضى فى خلافه وأخذ نفى الضمان فى الصورة الأولى من رواية ابن منصور المذكورة والضمان من رواية ابن منصور أيضا عن أحمد فيمن قتل صيداً على غصن فى الحل أصله فى الحرم أنه يضمنه. وفى أخذ الضمان من هذا نظر فان الغصن تابع لمحل معصوم وهو أصل الشجرة الذى فى الحرم فكان حكمه حكم الحرم بخلاف الحل ولهذا لم يفرق أحمد بين قتله من الحل أو من الحرم فدل على أن حكم الغصن عنده حكم الحرم ونقل ابن منصور عنه أيضا وذكر له قول سفيان فى شجرة أصلها فى الحل وأغصانها فى الحرم وعليها طير فرماه انسان فصرعه. قال ماكان فى الحل فليرم وما كان فى الحرم فلا يرم قال أحمد ما أحسن ماقال! فجعل القاضى هذه رواية ثانية مخالفة للأولى وحكى فى الصيد الذى على غصن فى الحل أصله فى الحرم روايتين وليس كذلك فان أحمد ضمن الصيد فى الأولى الحاقاً للفرع باصله فى الحرمة ولم يضمن فى الثانية الحاقا للفرع باصله فى عدم الحرمة وإنما ضمن ما كان على الغصن الذى فى الحرم لانه فى هواء الحرم وهو معصوم بمحله وهو الحرم وجعل ابن أبى موسى الغصن تابعا لقراره من الأرض دون أصله وهو مخالف لنص أحمد (ومنها) هل الاعتبار بحال الصيد باهلية الرامى وسائر الشروط حال الرمى أو الاصابة فيه وجهان. أحدهما الاعتبار بحال الاصابة وبه جزم القاضى فى خلافه فى كتاب الجنايات وأبو الخطاب فى رءوس المسائل فلو رمى سهما وهو محرم أو مرتد أو مجوسى ثم وقع السهم بالصيد وقد حل أو أسلم حل أكله ولو كان بالعكس لم يحل، وقد سبق الخلاف فى المحرم. والثانى الاعتبار بحال الرامى قاله القاضى فى كتاب الصيد واخذه من نص احمد فى رواية يوسف بن أبى موسى فى رجل رمى بنشاب وسمى فمات الرامى قبل أن يصيب فلا بأس بأكله إذا رماه بما يجرح وفرع عليه ماإذا رمياه جميعا فاصابه سهم أحدهما أولا فأثخنه ثم أصابه سهم الآخر فقتله أنه يجوز أكله لأن الثانى أرسل سهمه قبل امتناعه والقدرة عليه. قال وقد أوما اليه أحمد فى رواية محمد بن الحكم فى رجلين رميا صيداً فاصاباه جميعاً فان كانا قد ذكياه جميعاً أكلاه قال القاضى معناه اذا كانا رمياه جميعا بماله حد ولم يفرق بين أن يتقدم اصابة أحدهما على الآخر أو يتأخر انتهى. ومما يتفرع على ذلك التسمية فانها تشترط عند الارسال ولو سمى بعد ارساله فان أنزجر بالتسمية وزاد جريه كفى والا فلا نص عليه فى رواية الميمونى. وقال القاضى فى كتاب الجنايات انما اعتبرت التسمية وقت الارسال لمشقة معرفته

وقت الاصابة .وهذا مشعر بانه لو سمى عند الاصابة مع العلم بهالأجزأ.

﴿ القاعدة الثلاثون بعد المائة ﴾

المسكن والخادم والمركب المحتاج اليه ليس بمال فاضل يمنع اخذ الزكوات ولايجب فيه الحج والكفارات ولايوفى منه الديون والنفقات. نص على ذلك احمد فى مسائل:

(منها) الزكاة قال ابو داود سئل احمد عن رجل له دار يقبل من الزكاة قال نعم ! قلت هى دار واسعة قال أرجو ان لايكون به بأس ،قيل له فان كان لهخادم قال ارجو ،قيل له فرس قال ان كان يغزو عليه فى سبيل الله فأرجو أن لايكون به بأس . وقال جعفر بن محمد سئل ابو عبد الله عن رجل عنده جارية تساوى مائة دينار يحتاج اليها للخدمة ياخذ من الزكاة؟ قال نعم ! وسئل عن الدار قال اذا لم يكن فضل كثير مايحتاج اليه يعطى، وقال فى رواية ابن الحكم يعطى من الزكاة صاحب المسكن وان كان له مسكن يفضل عنه.

ويتفرع على هذا: ان العرض الذى لايباع على المفلس فى دينه اذا كان يفى بدين صاحبه وبيده نصاب فانه لايجعل الدين فى مقابلته حتى يزكى النصاب بغير خلاف لأنه لايجب صرفه الى جهة الدين ووفائه منه، واما مايباع على المفلس فهل يجعل الدين فى مقابلته ويزكى النصاب على روايتين (ومنها) الحج قال احمد فى رواية الميمونى اذا كان المسكن والمسكنين والخادم أو الشىء الذى يعود به على عياله فلا يباع اذا كان كفاية لأهله ، وقد يكون المنازل يكريها انما هى قوته وقوت عياله فاذا خرج عن كفايته ومؤنته ومؤنة عياله باع . والضيعة مثل ذلك اذا كان فضلا عن المؤنة باعه. وقال فى رواية ابن الحكم اذا كان لرجل ارض فلاأرى أن يبيع ويحج ولايجب عليه عندى إلا أن يشاء. قال اصحابنا ولافرق بين أن يكون المسكن والخادم فى ملكه أو بيده نقدير يدشراءهما به فى هذا الباب (ومنها) المفلس ولاحمد فيه نصوص كثيرة أنه لايباع المسكن إلا ان يكون فيه فضل فيباع الفضل ويترك له بقدر الحاجة منه نص عليه فى رواية ابى الحارث وابى طالب. واما الخادم فلا يباع عليه اذا كان محتاجا اليه لزمن أو أكبر أو حاجة غيرهما نص عليه احمد فى رواية عبد الله وابى طالب وغيرهما، وقال فى رواية اسمعيل بن سعيد اذا كان مسكنا واسعاً نفيساً أو خادماً نفيساً يشترى له مايقيمه ويجعل سائره للغرماء وكذلك نقل عنه موسى بن سعيد ولا فرق بين أن يكون الخادم والمسكن فى ملكه أو يحتاج اليهما فيترك له ثمنهما على ظاهر كلام الأصحاب فانهم قالوا لو كان مسكنه وثيابه عين مال رجل يرجع بها وترك له بدلها من بقية المال ليشترى له منه ان لم

يكن فيه من جنسها لأن حق الغريم يتعلق بعين ماله بخلاف المفلس فان حاجته تندفع بغيرها اما اذا لم يكن للمفلس سواها وهى عين مال رجل وكان الشراء قبل الافلاس لم يؤخذ منه وان كان بعده ففى الكافى يحتمل أن يؤخذ منه لئلا يؤدى الى الحيلة على اخذ اموال الناس (ومنها) الشريك فى عبد اذا أعتق حصته وليس له سوى دار وخادم فهو معسر لايعتق عليه سوى حصته ولا يباع ذلك فى قيمة حصة شريكه. قال ابن منصور قلت لأحمد من أعتق شقصا فى عبد ضمن ان كان له مال؟ قال عتق كله فى ماله ان كان له مال، قلت كم قدر المال؟ قال لايباع فيه دار ولا رباع ولم يقم لى على شيء معلوم. قال القاضى معناه لايباع مالا غنى له عن سكناه كالمفلس (ومنها) التكفير بالمال لايباع فيه المسكن والخادم ذكره القاضى والأصحاب وقالوا يباع فيه الفاضل عن ذلك حتى لوكان له رقبة نفيسة يمكن أن يشترى بثمنها رقبتان فيستغنى بخدمة احداهما ويعتق الأخرى لزمه ذلك، وهكذا الدار والملابس. واما ان وجب عليه التكفير وله خادم لايحتاج اليه ثم احتاج اليه قبل التكفير فمن الاصحاب من جزم هنا بلزوم العتق لانه بمثابة من كان موسراً حال يحنث العتق ثم أعسر قبل التكفير فان العتق يستقر فى ذمته (ومنها) نفقة الأقارب قال أبو طالب قيل لأحمد فان كان له دار يبيعها و ينفق على ابنه؟ قال لابد له من مسكن إن كان له فضل عن مسكنه فضل عن نفقة عياله فلينفق عليهم وان لم يكن له فضل ولاسعة فلا ينفق عليهم. وصرح صاحب الترغيب بان نفقة القريب لايباع فيها الامايباع على المفلس فى دينه وهكذا ينبغى أن يكون حكم الجزية والخراج والعاقلة. وذكر الآمدى ان من وجبت عليه نفقة قريبه فغيب ماله وامتنع منها ووجد الحاكم له عقاراً فله بيعه والنفقة فيه على أقاربه، وكذا ذكر صاحب المغنى فى نفقة الزوجة والاولاد ولعل المراد بذلك العقار الذى لايحتاج اليه للسكنى أو أن هذا يختص بالممتنع من النفقة مع قدرته عليها للضرورة حيث لم يقدر له على غير عقاره

﴿ القاعدة الحادية والثلاثون بعد المائة ﴾

القدرة على اكتساب المال بالبضع ليس بغنى معتبر، صرح به القاضى فى خلافه وفرع عليه مسائل :

(منها) اذا افلست المرأة وهى ممن يرغب فى نكاحها لم تجبر على النكاح لأخذ المهر بغير خلاف (ومنها) انه لايجب عليها نفقة الأقارب بقدرتها على النكاح وتحصيل المهر (ومنها) أنه لاتمنع من أخذ الزكاة بذلك أيضا (ومنها) لو كان لمفلس أم ولد لم يجبر على إنكاحها وأخذ مهرها وان كان

يجبر على إجارتها وأخذ أجرتها .

﴿ القاعدة الثانية والثلاثون بعد المائة ﴾

القدرة على اكتساب المال بالصناعات غنى بالنسبة إلى نفقة النفس ، ومن تلزم نفقته من زوجة وخادم وهل هو غنى فاضل عن ذلك على روايتين ، ويتفرع على ذلك مسائل :

(منها) القوى المكتسب لا يباح له أخذ الزكاة بجهة الفقر فانه غنى بالاكتساب ، وهل له الأخذ للغرم إذا كان عليه دين على وجهين. أحدهما له ذلك قاله القاضى فى خلافه وابن عقيل فى عمده فى الزكاة وكذلك ذكراه فى المجرد والفصول فى باب الكتابة . والثانى لا يجوز وبه جزم الشيخ مجد الدين فى شرح الهداية وهذا الخلاف راجع الى الخلاف فى إجباره على التكسب لوفاء دينه كما سنذكره ان شاء الله تعالى . والأول ظاهر كلام أحمد لأنه اباح السؤال للمكاتب فقال هو مغرم ويباح له الأخذ من الزكاة مع قوته واكتسابه مع ان دينه لا يجبر على الكسب لوفائه على المذهب فمن عليه دين يجبر على الكسب لوفائه اولى بالأخذ (ومنها) وجوب الحج على القوى المكتسب فان كان بعيداً عن مكة فالمذهب انتفاء الوجوب وان كان قريباً فوجهان . وقال الشيخ مجد الدين يتوجه على أصلنا فى البعيد ان يجب عليه الحج ان كان قادراً على التكسب فى طريقه كما يجبره على الكسب لوفاء دينه ولكن يمكن بان حقوق الله مبنية على المسامحة بخلاف حقوق الآدميين ولهذا لا يجب عليه التكسب لتحصيل مال يحج به ولا يعتق به فى الكفارة (ومنها) وفاء الديون وفى اجبار المفلس على الكسب للوفاء روايتان مشهورتان . فاما المكاتب فلا يجبر على الكسب لوفاء دينه على المذهب المشهور لأنه دين ضعيف ، وخرج ابن عقيل وجها بالوجوب كسائر الديون (ومنها) أن القدرة على الكسب بالحرفة يمنع وجوب نفقته على أقاربه صرح به القاضى فى خلافه وكذا ذكر صاحب الكافى وغيره . واما ان لم يكن له حرفة وهو صحيح فهل تجب له النفقة ؛ حكى أبو الخطاب روايتين وخصهما القاضى بغير العمودين وأوجب نفقة العمودين مطلقا مع عدم الحرفة وفرق فى زكاة الفطر من المجرد بين الأب وغيره وأوجب النفقة للأب بكل حال وشرط فى الابن وغيره الزمانة ، وأما وجوب النفقة على أقاربه من الكسب فصرح القاضى فى خلافه وفى المجرد وابن عقيل فى مفرداته وابن الزاغونى والأكثرون بالوجوب . قال القاضى فى خلافه فظاهر كلام أحمد أنه لا فرق فى ذلك بين الوالدين والأولاد وغيرهم من الأقارب . وخرج صاحب الترغيب المسئلة على روايتين من اشتراط انتفاء الحرفة للانفاق وهو ضعيف ، وأظهر منه أن يخرج على الخلاف فى

اجبار المفلس على الكسب لوفاء دينه (ومنها) أن الفقير المكتسب هل يحتمل العقل مع العاقلة فيه روايتان (ومنها) الجزية هل تجب على الفقير المكتسب على روايتين أشهرهما الوجوب .

﴿ القاعدة الثالثة والثلاثون بعد المائة ﴾

يثبت تبعا مالا يثبت استقلالا فى مسائل :

(منها) شهادة النساء بالولادة يثبت بها النسب ولا يثبت النسب بشهادتهن به استقلالا (ومنها) شهادة النساء على اسقاط الجنين بالضربة يوجب الغرة إن سقط ميتا والدية إن سقط حيا (ومنها) شهادة امرأة على الرضاع يقبل على المذهب ويترتب على ذلك انفساخ النكاح (ومنها) لو شهد واحد برؤية هلال رمضان ثم أكملوا العدة ولم يروا الهلال فهل يفطرون أم لا؟ على وجهين . اشهرهما لا يفطرون لئلا يؤدى الى الفطر بقول واحد . والثانى بلى ؛ ويثبت الفطر تبعا للصوم ومن الأصحاب من قال ان كان غيما أفطروا وإلا فلا (ومنها) لو أخبر واحد بغروب الشمس جاز الفطر ومن الأصحاب من اقتضى كلامه حكاية الاتفاق عليه لأن وقت الفطر تابع لوقت صلاة المغرب ، وله مأخذ آخر وهو أن للغروب عليه امارات تورث ظنا بانفرادها فاذا انضم اليها قول الثقة قوى بخلاف الشهادة برؤية هلال الفطر (ومنها) صلاة التراويح ليلة الغيم تبعا للصيام على أحد الوجهين وذكر القاضى احتمالا بثبوت سائر الأحكام المعلقة بالشهر من وقوع الطلاق المعلق به وحلول آجال الديون وهو ضعيف هنا ، نعم ؛ اذا شهد واحد برؤية الهلال ثبت به الشهر وترتبت عليه هذه الاحكام وان كانت لا تثبت بشهادة واحد ابتداء صرح به ابن عقيل فى عمد الأدلة (ومنها) لو حلف بالطلاق على حديث أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ماقاله فرواه واحد ثبت الحديث به ووقع الطلاق وان كان الطلاق لا يثبت بخبر واحد ذكره ابن عقيل فى العمد أيضاً ، ويتخرج عدم وقوع الطلاق فى المسئلتين من المسئلة الآتية (ومنها) لو حلف بالطلاق أنه ماغصب شيئاً ثم ثبت عليه بشاهد ويمين أو برجل وامرأتين فهل يقع به الطلاق على وجهين وحكاهما القاضى فى خلافه فى كتاب القطع فى السرقة والآمدى روايتين وجزم القاضى فى المجرد وابن عقيل فى الفصول وصاحب المغنى بعدم الوقوع واختار السامرى الوقوع وقال صاحب المحرر فى تعليقه على الهداية وعندى أن قياس قول من عفا عن الجاهل والناسى فى الطلاق أن لا يحكم عليه به ولو ثبت الغصب برجلين (ومنها) لو علق الطلاق بالولادة فشهد بها النساء حيث لم يقبل قول المرأة فى ولادتها هل يقع الطلاق ؛ المشهور الوقوع وبه جزم القاضى فى خلافه وتبعه الشريف أبو حفص

وأبو المواهب العكبرى وأبو الخطاب والأكثرون ويشهد له نص أحمد فى رواية مهنا اذا قال لها إن حضت فانت وضرتك طالق فشهد النساء بحيضها طلقتا جميعا ، وخرج صاحب المحرر فيه وجها آخر أنه لايقع الطلاق من المسئلة التى قبلها (ومنها) لو ادعى المكاتب اذا أخر نجوم الكتابة فانكره السيد فأتى المكاتب بشاهد ويمين أو برجل وامرأتين على ماقال فهل يعتق أم لا ؟ قال الخرقى يعتق ولم يحك صاحب المغنى فيه خلافا وحكى صاحب الترغيب فيه وجهين (ومنها) اذا وقف وقفا معلقا بموته فانه يصح على المنصوص فى رواية الميمونى وذكره الخرقى وقال القاضى لايصح والأول أصح لأنها وصية والوصايا تقبل التعليق (ومنها) البراءة المعلقة بموت المبرىء تصح أيضا لدخولها ضمنا فى الوصية نص عليه فى رواية المروذى وقاله القاضى والأصحاب وكذلك إبراء المجروح للجانى من دمه أو تحليله منه يكون وصية معلقة بموته ، وهل هى وصية للقاتل على طريقين فعند القاضى هى وصية للقاتل فيخرج على الخلاف فى الوصية . وعند أبى بكر ليس الابراء والعفو وصية لأنه اسقاط لا تمليك وقال الآمدى هو المذهب قال وانما يكون إبراء محضاً قبل الاندمال فاما بعده فعلى وجهين (ومنها) اذا قال اذا جاء رأس الشهر فانت طالق بالف فانه يصح ذكره القاضى وتدخل المعاوضة تبعاً للطلاق اذا قبلته فانه لابد من قبولها ، وكذلك لو قالت له إن طلقتنى فلك على الف فطلقها بانت ولزمها الألف . قال الشيخ تقى الدين ذكر القاضى فى خلافه مايقتضى أنه لايعلم فيه خلافاً وقاس الشيخ عليه ما إذا قالت ان طلقتنى فانت برىء من صداقى فطلقها أنه يبرأ من صداقها ويقع الطلاق بائناً لأن تعليق الابراء أقرب الى الصحة من تعليق التمليك لتردد الابراء بين الاسقاط والتمليك يقع معلقاً فى الجعالة والسبق فهاهنا كذلك (ومنها) اذا قال من أسلم على أكثر من أربع نسوة كلما أسلمت واحدة منكن فهى طالق فهل يصح على وجهين . أحدهما : لا يصح لأن الطلاق اختيار والاختيار لايتعلق بالشرط . والثانى : يصح لأن الطلاق يقبل التعليق والاختيار يثبت تبعاً له وضمنا (ومنها) اذا قال رجل لآخر أعتق عبدك عنى وعلى ثمنه فقال القاضى فى خلافه هو استدعاء للعتق والملك يدخل تبعاً وضمناً لضرورة وقوع العتق له وصرح بانه ملك قهرى حتى أنه يثبت للكافر على المسلم اذا كان العبد المستدعى عتقه مسلماً والمستدعى كافراً مع أنه منع من شراء الكافر من يعتق عليه بالملك من المسلمين حيث كان العقد موضوعاً فيه الملك دون العتق ، وكذلك على قياس قوله سراية عتق الشريك وأولى لأنها إتلاف محض يحصل بغير اختيار احد ولا قصده . ويتفرع على ذلك اذا اعتق الكافر الموسر شركا له من عبد مسلم فانه يسرى ولا يخرج على الخلاف فى شراء مسلم يعتق عليه بملكه كما فعل أبو الخطاب وغيره (ومنها) صلاة الحاج

عن غيره ركعتى الطواف تحصل ضمناً وتبعاً للحج وان كانت الصلاة لاتقبل النيابة استقلالاوقد اشار الامام أحمد الى هذا فى رواية الشالنجى (ومنها) ان الوكيل ووصى اليتيم لهما أن يبتاعا بزائد على ثمن المثل مايتغابن بمثلها عادة ولايجوز لهما هبة ذلك القدر ابتداء ذكره القاضى وغيره ، ولكنهم جعلوا مأخذه أن المحاباة ليست ببذل صريح وانما فيها معنى البذل وجعلها من هذه القاعدة أولى (ومنها) لو كان له امتان لكل منهما ولد فقال أحدهما ولدى ثم مات ولم يتبين ولم يبين وارثه ولم يوجد قافة اقرع بينهما فمن خرجت له القرعة فهو حر وأمه معتقة بالاستيلاد وان كان أقرانه أحبلها فى ملكه ، وهل يثبت نسب الولد ويرثه ام لا على وجهين . احدهما انه لايثبت نسبه ولا يرث به وهو الذى ذكره القاضى فى المجرد وابن عقيل والسامرى لأن القرعة لامدخل لها فى الانساب . [قال القاضى وهذان الوجهان مخرجان من الخلاف فى دخول القرعة فيما اذا زوج الوليان فلم يعلم السابق منهما] (١) والثانى يثبت نسبه ويرث وهو الذى ذكره القاضى فى خلافه وصاحب التلخيص وذكر صاحب التلخيص(٢) أنه قياس المذهب لأنه حر استندت حريته الى الاقرار فاشبه مالو عينه فى إقراره (ومنها) لوطلق واحدة معينة من نسائه ثم مات ولم يعلم عينها أقرع بينهن واخرجت المطلقة بالقرعة ولم يجب عليها عدة الوفاة ، وتحسب لها عدة الطلاق من حينه وعلى البواقى عدة الوفاة فى ظاهر كلام احمد رضى الله عنه لأن الطلاق لما ثبت بالقرعة تبعه لوازمه من العدة وغيرها ، وقال القاضى يعتد الكل باطول الأجلين وستأتى المسألة فيما بعد ان شاء الله تعالى (ومنها) لو قال الخنثى المشكل أنا رجل وقبلنا قوله فى ذلك فى النكاح فهل يثبت فى حقه سائر أحكام الرجال تبعاً للنكاح ويزول بذلك إشكاله : أم يقبل قوله فى حقوق الله تعالى وفيما عليه من حقوق الآدميين دون ماله منها لئلا يلزم قبول قوله فى استحقاقه بميراث ذكر وديته فيه وجهان .

﴿ القاعدة الرابعة والثلاثون بعد المائة ﴾

المنع أسهل من الرفع ، ويتخرج على ذلك مسائل كثيرة جداً :

(منها) تخمير الخل ابتداء بان يوضع فيها خل يمنع تخميرها مشروع ، وتخليلها بعد تخميرها ممنوع (ومنها) ذبح الحيوان المأكول يمنع نجاسة لحمه وجلده وهو مشروع ودبغ جلده بعد نجاسته بالموت لايفيد طهارته على ظاهر المذهب (ومنها) السفر قبل الشروع فى الصيام يبيح الفطر ولو

(١) مابين المربعين عن ٧١١ فقط . (٢) فى نسختى الدار : صاحب المغنى .

سافر فى اثناء يوم من رمضان ففى استباحة الفطر روايتان والاتمام فيه أفضل بكل حال . ونقل ابن منصور عن أحمد رضى الله عنه إن نوى السفر من الليل ثم سافر فى أثناء النهار أفطر وان نوى السفر فى النهار وسافر فيه فلا يعجبنى أن يفطر فيه . والفرق أن نية السفر من الليل تمنع الوجوب اذا وجد السفر فى النهار فيكون الصيام قبله مراعى بخلاف ما اذا طرأت النية والسفر فى أثناء النهار (ومنها) أن الرجل يملك منع زوجته من حج النذر والنفل فان شرعت فيه بدون اذنه ففى جواز تحليلها روايتان (ومنها) أن وجود الماء بعد التيمم وقبل الشروع فى الصلاة يمنع الدخول فيها بالتيمم ، ولو دخل فيها بالتيمم ثم وجد الماء فهل يبطل الصلاة أم لا على روايتين ، وكذلك الخلاف فى القدرة على نكاح الحرة بعد نكاح الأمة هل يبطل نكاحها على روايتين . وتمنعه ابتداء وكذلك فى القدرة على كفارة الظهار بالعتق بعد الشروع فى الصيام لايوجب الانتقال على الصحيح وقبله يوجب (ومنها) ان المرأة تملك منع نفسها حتى تقبض صداقها فان سلمت نفسها ابتداء قبل قبض الصداق فهل تملك الامتناع بعد ذلك حتى تقبضه على وجهين . وكذلك اختار صاحب المغنى فى البيع ان البائع يملك الامتناع من تسليم المبيع حتى يقبض ثمنه فاذا سلمه لم يملك استرجاعه ومنع المشترى من التصرف فيه والحجر عليه مستندا الى هذه القاعدة وهو خلاف ما قاله القاضى وأصحابه فى مسئلة الحجر الغريب (ومنها) اختلاف الدين المانع من النكاح يمنعه ابتداء ولا يفسخه فى الدوام على الأشهر بل يقف الأمر على انقضاء العدة فيه (ومنها) الاسلام يمنع ابتداء الرق ولا يرفعه بعد حصوله وانما استرق ولد الأمة المسلمة لأنه جزء منها فهو فى معنى استدامة الرق على المسلم ، وأما الأسرى اذا أسلموا قبل الاسترقاق فانما جاز استرقاقهم لانعقاد سببه فى الكفر انعقادا تاما فاستند الى سبب موجود فى الكفر .

﴿ القاعدة الخامسة والثلاثون بعد المائة ﴾

الملك القاصر من ابتدائه لا يستباح فيه الوطء بخلاف ما كان القصور طارئا عليه، نص على ذلك أحمد رضى الله عنه .

فمن الأول : المشتراة بشرط الخيار فى مدة الخيار وكذلك المشتراة بشرط أن لا يبيع ولا يهب وان باعها فالمشترى أحق بها نص عليه أحمد ونصوصه صريحة بصحة هذا البيع والشرط ومنع الوطء قال فى رواية عبد الله فيمن باع جاريته على أن لا يبيع ولا يهب البيع جائز ولا يقربها لأن عمر بن الخطاب قال لا يقرب فرجا فيه شرط لأحد ، وكذلك قال مهنا فى رواية حرب

وزادإن اشترطوا إن باعها فهم أحق بها بالثمن فلا يقربها يذهب الى حديث عمر حين قال لابن مسعود وكذلك نقل مهنا وقال فى رواية أبى طالب فيمن اشترى امة بشرط لايقربها وفيها شرط وكذلك نقل ابن منصور وقول عمر الذى أشار اليه هو مارواه حماد بن سلمة عن عبيد الله بن عبدالله ابن عتبة أن ابن مسعود اشترى جارية من امرأة وشرط لهاان باعها فهى لها بالثمن الذى اشتراها فسأل ابن مسعود عن ذلك عمر بن الخطاب فقال لا ينكحها وفيها شرط. قال حنبل قال عمى كل شرط فى فرج فهو على هذا والشرط الواحد فى البيع جائز الا أن عمر كره لابن مسعود أن يطاها لأنه شرط لامرأته الذى شرط فلم يجوز عمر أن يطأها وفيها شرط وكذلك نص أحمد فى رواية ابن هانىء على منع الوطء فى الامة المشتراة بشرط التدبير ونص أيضاً فى رواية ابن منصور على منع وطء بنت المدبرة دون أمها وكاع(١) الأصحاب فى توجيهه والأمر فيه واضح على ماقررناه إذ بنت المدبرة مدبرة من ابتداء ملكها بخلاف امها ، وكذلك نص على المنع من وطء الأمة المملوكة بالعمرى وحمله القاضى على الاستحباب وهو بعيد ، والصواب حمله على ان الملك بالعمرى قاصر ولهذا نقول على رواية اذا شرط رجوعها اليه بعد صح فيكون تمليكا مؤقتا. ومن ذلك الأمة الموصى بمنافعها لايجوز للوارث وطئها على أصح الوجهين ، وهو قول القاضى خلافاً لابن عقيل ولكن لهذه المسئلة ماخذ آخر وهو أن منفعة البضع هل هى داخلة فى المنافع الموصى بها أم لا ؟ ومن الثانى : أم الولد والمدبرة والمكاتبة اذا اشترطوا وطئها فى عقد الكتابة والموجرة والجانية . وأما المرهونة فانما منع من وطئها لوجهين . أحدهما انه يفضى الى استيلادها فيبطل الرهن ويسقط حق المرتهن. والثانى ان الراهن ممنوع من الانتفاع بالرهن بغير إذن المرتهن ولو بالاستخدام وغيره فالوطء أولى .

﴿ القاعدة السادسة والثلاثون بعد المائة ﴾

الوطء المحرم لعارض هل يستتبع تحريم مقدماته أم لا ؟ ان كان لضعف الملك وقصوره أو خشية عدم ثبوته كالأمة المشتراة اذا ملكت بعقد محرم فيحرم سائر أنواع الاستمتاع بها ، وان كان لغير ذلك من الموانع فهو نوعان . أحدهما العبادات المانعة من الوطء وهى على ضربين . ضرب يمتنع فيه جنس الترفه والاستمتاع بالنساء فيمنع الوطء والمباشرة كالاحرام القوى وهو ما قبل التحلل الأول والاعتكاف . وضرب يمتنع فيها الجماع وما أفضى الى الانزال فلا يمنع مما بعد افضاؤه اليه من

(١) كاع الأصحاب : بمعنى اختلفوا والكوع تعوج اليدين من قبل الكوع .

الملامسة ولو كانت لشهوة وهو الصيام ، وأما الاحرام الضعيف وهو ما بين التحللين والمذهب أنه يحرم الوطء والمباشرة ، وفيه رواية أخرى أنه يحرم الوطء خاصة . النوع الثانى غير العبادات فهل يحرم مع الوطء غيره فيه قولان فى المذهب ويخرج على ذلك مسائل (منها) الحيض والنفاس يحرم بهما الوطء فى الفرج ولا يحرم ما دونه فى المذهب الصحيح وفيه رواية أخرى يمنع الاستمتاع ما بين السرة والركبة (ومنها) الظهار يحرم الوطء فى الفرج وفى الاستمتاع بمقدماته روايتان أشهرهما التحريم (ومنها) الأمة المسبية فى مدة الاستبراء يحرم وطئها وفى الاستمتاع بالمباشرة روايتان وصحح القاضى فى المجرد الجواز (ومنها) الزوجة الموطوءة لشبهة يحرم وطؤها مدة الاستبراء وفى مقدمات الوطء وجهان (ومنها) الجمع بين الأختين المملوكتين فى الاستمتاع بمقدمات الوطء قال ابن عقيل يكره ولا يحرم ، ويتوجه أن يحرم أما اذا قلنا ان المباشرة لشهوة كالوطء فى تحريم الأخت حتى تحرم الأولى فلا اشكال .

﴿ القاعدة السابعة والثلاثون بعد المائة ﴾

الواجب بقتل العمد هل هو القود عينا أو أحد أمرين إما القود وإما الدية ، فيه روايتان معروفتان ويتفرع عليهما ثلاث قواعد ، استيفاء القود ، والعفو عنه ، والصلح عنه .

«القاعدة الأولى» فى استيفاء القود فيتعين حق المستوفى فيه بغير اشكال ثم ان قلنا الواجب القود عينا فلا يكون الاستيفاء تفويتاً للمال وان قلنا أحد الأمرين فهل هو تفويت للمالك أم لا ؟ على وجهين ، ويتفرع عليها مسائل :

(منها) اذا قتل العبد المرهون فاقتص الراهن من قاتله بغير اذن المرتهن فهل يلزمه الضمان للمرتهن أم لا على وجهين. أشهرهما اللزوم نص عليه أحمد فى رواية ابن منصور وهو اختيار القاضى والأكثرين [قالوا ولا يجوز له القصاص بدون إذن المرتهن] لأن الواجب كان أحد أمرين فاذا عينه بالقصاص فقد فوت المال الواجب على المرتهن وقد كان تعلق حقه برقبة العبد المرهون فيتعلق ببدله الواجب فهو كما لو قتله أو أعتقه فيضمنه بقيمته فى المنصوص وبه جزم فى المحرر وقال القاضى والأكثرون بأقل الأمرين من قيمته أو أرش الجناية والخلاف فى هذا يشبه الخلاف فيما يضمن به العبد الجانى اذا أعتقه عالما بالجناية . والوجه الثانى لا يلزمه ضمان وصححه صاحب المحرر لأن المال انما يتعين(١) بالاختيار والاختيار نوع تكسب والتكسب للمرتهن لا يلزم ولهذا لم يلزم المفلس أخذ المال اذا جنى عليه جناية

(١) كذا فى نسختى الدار وفى أصلنا انما يتعلق .

توجب القود بل له الاقتصاص ولا نعدم شيئامع تعلق حقوق الغرماء باعيان ماله وليس له مال آخر يغرم منه فظاهر كلام صاحب الكافى أن الوجهين على قولنا موجب العمد القود عيناً فاما ان قلنا أحد أمرين وجب الضمان لتفويت المال الواجب وهو بعيد فأما ان قلنا الواجب القود عينا فانما فوت اكتساب المال لم يفوت مالا واجباً فلا يتوجه الضمان بالكلية وأطلق القاضى وابن عقيل من غير بناء على أحد القولين ويتعين بناؤه على القول بأن الواجب أحد أمرين لأنهما صرحا فى العفو أنه لا يوجب الضمان اذا قلنا الواجب القود عينا ، وعللا بأنه انما فوت على المرتهن اكتساب المال وذلك غير لازم له والاقتصاص مثل العفو ثم وجدت الشيخ مجد الدين صرح بهذا البناء الذى ذكرته (ومنها) اذا قتل عبد من التركة المستغرقة بالديون عمداً وقلنا ينتقل الملك الى الورثة فاختاروا القصاص فهل يطالبون بقيمة العبد أم لا؟ يخرج على المرهون (ومنها) العبد الموصى بمنفعته اذا قتل عمداً فهل لمالك الرقبة الاقتصاص بعد اذن مالك المنفعة وهل يضمن أم لا؟ صرح القاضى فى خلافه بالمنع كالرهن سواء وهذا يتخرج على أحد الوجهين وهو أن حق مالك المنفعة لم يبطل بالقتل وأما على الوجه الآخر وهو بطلان حقه بالقتل جعلا للوصية بالمنفعة كالهبة التى لم تقبض فلا يمنع مالك الرقبة من الاقتصاص فلا شىء عليه (ومنها) اذا جنى على المكاتب فهل له أن يقتص بدون إذن سيده ذكر القاضى فى المجرد وابن عقيل الجواز لأن المطالبة بالقصاص والعفو عنه الى العبد دون سيده ولو كان قنا وقال القاضى فى خلافه قياس المذهب قول أبى بكر فى منعه من الاقتصاص من عبيده اذا قتل بعضهم بعضاً لأنه لا يجوز له الاقتصاص بدون اذن سيده وفيه نظر فان القاتل قد فوت مالا مملوكا فهو كقتل الراهن المرهون بقصاص استحقه عليه ، ولكن لا يلزم ضمان المكاتب لسيده لأن السيد لا يستحق انتزاع ذلك منه وهذا بخلاف اقتصاص المكاتب من الجانى عليه فانه لم يفوت به مالا مملوكا له (ومنها) لو قتل العبد الموصى به لمعين قبل قبوله فهل للورثة الاقتصاص بدون اذن الموصى له ، اذا قلنا هو ملك يتوجه المنع اذا قلنا ان الجناية أوجبت أحد شيئين فان فعلوا ضمنوا للموصى له القيمة اذا قبل (ومنها) لو قتل عبد من مال المضاربة عمدا فان كان فى المال ربح فهما شريكان وليس لأحدهما الانفراد بالقصاص ولا العفو هذا ظاهر كلام القاضى وابن عقيل فلو اقتص رب المال بغير اختيار المضارب توجه أن يضمن للمضارب حصته من الربح ان قلنا الواجب بالقتل أحد شيئين .

«القاعدة الثانية» فى العفو عن القصاص وله ثلاثة أحوال . أحدها ان يقع العفو الى الدية وفيه طريقتان إحداهما ثبوت الدية على الروايتين [وهى طريقة القاضى . والثانية بناؤه على الروايتين]

فان قلنا موجبه أحد شيئين ثبتت الدية والا لم يثبت شيء بدون تراض منهما وهي طريقة أبي الخطاب وابن عقيل وذكرها القاضي أيضا في المضاربة ، فيكون القود باقيا بحاله لأنه لم يرض باسقاطه إلا بعوض ولم يحصل له . والحالة الثانية أن يعفو عن القصاص ولا يذكر مالا ، فان قلنا موجبه القصاص عينا فلا شيء له ، وان قلنا أحد شيئين ثبت المال وخرج ابن عقيل أنه اذا عفى عن القود سقط ولا شيء له بكل حال على كل قول لأنه بعفوه عنه تعين الواجب فيه بتصرفه فيه فهو كما لو أسلم على أكثر من أربع ثم طلق احداهن فانه يتعين الاختيار فيها وهذا ضعيف فان اسقاط القود ترك له واعراض عنه وعدول الى غيره ليس اختيارا له ولهذا يملك العفو عن القود والمال جميعا وليس له اختيارهما جميعا بخلاف الزوجات فانه لا يملك طلاق أكثر من أربع منهن على المشهور . الحالة الثالثة ان يعفو عن القود الى غير مال مصرحا بذلك فان قلنا الواجب القصاص عينا فلا مال له في نفس الأمر وقوله هذا لغو ، وان قلنا الواجب أحد شيئين سقط القصاص والمال جميعاً ، فان كان ممن لا تبرع له كالمفلس المحجور عليه والمكاتب والمريض فيما زاد على الثلث والورثة مع استغراق الديون للتركة فوجهان . أحدهما لا يسقط المال باسقاطهم وهو المشهور لأن المال وجب بالعفو عن القصاص ولا يمكنهم اسقاطه بعد ذلك كالعفو عن دية الخطأ . الثاني يسقط وفي المحرر أنه المنصوص عليه لأن المال لا يتعين بدون اختياره له أو اسقاط القصاص وحده وأما إن أسقطهما في كلام واحد متصل سقطا جميعاً من غير دخول المال في ملكه ويكون ذلك اختياراً منه نقول لترك التملك فلا يدخل المال في ملكه(١) ، اذا تقرر هذا فهل يكون العفو تفويتاً [للمال ان قلنا إن الواجب القود عينا لم يكن العفو تفويتا للمال] (٢) فلا يوجب ضمانا صرح به القاضي وابن عقيل وكلام أبي الخطاب يدل على وجوب الضمان وصرح في الكافي بأنه على وجهين كما لو اقتص منه في هذه الحالة فان عنده في الضمان وجهين وقد سبق بيان ضعف ذلك ومخالفته لظاهر تعليل القاضي وابن عقيل . وكذلك في التلخيص ان في الضمان هاهنا وجهين وصحح عدمه ولم يذكر في الضمان اذا اقتص خلافا ، وفرق بعض الأصحاب بين الضمان بالاقتصاص وعدم الضمان بالعفو بانه اذا اقتص فقد استوفى بدل المال فلذلك لزمه الضمان بخلاف ما اذا عفى فانه لم يستوف له بدلا بل فات عليهما جميعاً ، ولهذا لو أبرأ أحد الشريكين الغريم من حقه برىء ولم يلزمه الضمان لشريكه بخلاف ما إذا استوفى حقه أو بدله فانه يضمن لشريكه نصيبه منه . وان قلنا الواجب أحد شيئين فعفى مجانا ففي الكافي هو كالعفو عن المال فان كان محجورا عليه لم يصح وإن كان واهياً ففيه ثلاثة أوجه .

---

(١) في ٧١١ ويكون ذلك اذا تقرر (٢) ما بين المربعين زيادة من ٧١٢

أحدها لا يصح وهو اختياره اعنى صاحب الكافى كما لا يصح عفو المفلس . والثانى يصح ويؤخذ منه القيمة تكون رهنا لأنه أتلفه بعفوه وهو قول أبى الخطاب وبه جزم صاحب التلخيص . والثالث يصح بالنسبة الى الراهن دون المرتهن فؤخذ القيمة من الجانى تكون رهناً مكانه فاذا زال الرهن ردت الى الجانى وهو قول القاضى وابن عقيل ، وأما على الوجه الثانى الذى حكيناه فى أصل المسألة فى صحة عفو المفلس والمريض فيما زاد على الثلث والورثة ونحوهم فيخرج فى الضمان وجهـــان كالاقتصاص اذا قلنا الواجب أحد شيئين ، ويتخرج على هذا الاصل مسائل :

(منها) عفو الراهن عن الجناية على المرهون وقد ذكرنا حكمه مستوفى (ومنها) عفو المفلس عن الجناية الموجبة للقود مجانا فالمشهور إنا ان قلنا الواجب القود عينا صح وان قلنا الواجب أحد أمرين لم يصح العفو عن المال وعلى الوجه الآخر الذى قيل إنه المنصوص يصح ، وعلى طريقة من حكى الضمان فى المرهون ، وان قلنا الواجب القود عينا يخرج هاهنا مثله (ومنها) عفو المكاتب عن القصاص وحكمه حكم المفلس (ومنها) عفو الورثة عن القصاص مع استغراق الديون وحكمه حكم ذلك (ومنها) عفو المريض عن القصاص وحكمه فيما زاد على الثلث كذلك (ومنهـا) اذا عفى الوارث عن العبد الجانى على العبد الموصى بمنفعته هل يضمن المالك المنفعة قيمتها على وجهين حكاهما فى الترغيب والأظهر تخريجهما على أن حق صاحب المنفعة هل سقط بالاتلاف أم لا ، ويتوجه أن لا ينفذ عفوه فى قدر قيمة المنافع لانها ملك للغير اذا قلنا الواجب أحد أمرين وهذا بخلاف العفو عن الجانى على العبد المستأجر لأن الاجارة تنفسخ بالقتل ويرجع المستأجر ببقية الأجرة (ومنها) اذا قتل العبد الموصى به لمعين قبل قبوله فهل للورثة العفو عن قاتله بدون اختيار الموصى له به لأن قيمته له صرح بذلك أبو الخطاب والأصحاب ، ويتوجه تخريج ذلك على هذا الأصل ان قلنا الواجب القصاص عيناً فلم يجب بهذه الجناية مال فلهم العفو ولا سيما على قولنا ان ملكه قبل القبول لهم ، وان قلنا الواجب القود عيناً فى المرهون يخرج هاهنا مثله (ومنها) العفو عن الوارث الجانى فى مرض الموت عن دم العمد ان قلنا الواجب القود عيناً فهو صحيح وان قلنا الواجب أحد شيئين فكذلك صرح به القاضى فى خلافه فى مسئلة الواقف على الوارث فى المرض ويتوجه فيه وجه آخر بوقوفه على اجازة الورثة .

« تنبيهان » أحدهما : لو أطلق العفو عن الجانى عمداً فهل يتنزل عفوه على القود والدية أو على القود وحده ، حكى صاحب المحرر ثلاثة أوجه . أحدها وذكر أنه المنصوص أنه ينصرف اليها جميعاً ونص عليه أحمد رحمه الله فى رواية مهنا . والثانى ينصرف الى القود وحده إلا أن يقر العافى بارادة

الدية مع القود . والثالث يكون عفوا عنهما إلا أن يقول لم أرد الدية فيحلف ويقبل منه . وفى الترغيب ان قلنا الواجب القود وحده سقط ولا دية ، وان قلنا أحد شيئين انصرف العفو الى القصاص فى أصح الروايتين والأخرى يسقطان جميعاً . « الثانى » : لو اختار القصاص فله ذلك وهل له العفو عنه الى الدية ان قلنا الواجب هو القصاص عيناً فله تركه الى الدية وان قلنا الواجب أحد شيئين فعلى وجهين حكاهما فى الترغيب . أحدهما نعم ؛ وهو قول القاضى وابن عقيل ولأن أكثر مافيه أنه معين له القصاص فيجوز له تركه الى مال كما اذا قلنا هو الواجب عينا . والثانى لا ؛ وهو احتمال فى الكافى والمحرر لأنه أسقط حقه من الدية باختياره فلم يكن له الرجوع اليها كما لو عفى عنها وعن القصاص . وفارق ما اذا قلنا أن القود هو الواجب عينا لأن المال لم يسقط باسقاطه ويجاب عن هذا بان الذى أسقطه هو الدية الواجبة بالجناية ، والمأخوذ هنا غيره وهو مأخوذ بطريق المصالحة عن القصاص المتعين .

القاعدة الثالثة الصلح عن موجب الجناية ، فان قلنا هو القود وحده فله الصلح عنه بمقدار الدية وبأقل وأكثر منها اذ الدية غير واجبة بالجناية وكذلك اذا اختار القود أولا ثم رجع الى المال وقلنا له ذلك فان الدية سقط وجوبها وان قلنا أحد شيئين فهل يكون الصلح عنها صلحاً عن القود أو المال على وجهين ؟ يتفرع عليهما مسائل :

(منها) هل يصح الصلح على أكثر من الدية من غير جنسها أم لا؟ قال أبو الخطاب فى الانتصار لايصح لأن الدية تجب بالعفو والمصالحة فلا يجوز أخذ أكثر من الواجب من الجنس وكذلك قال صاحب التلخيص يصح على غير جنس الدية ولا يصح على جنسها الا بعد تعيين الجنس من ابل أو بقر أو غنم حذاراً من ربا النسيئة وربا الفضل ، وأطلق الاكثرون جواز الصلح باكثر من الدية من غير تفصيل . قال فى المغنى لا أعلم فيه خلافاً وصرح السامرى فى فروقه بجواز الصلح بأكثر من الدية. وان قلنا الواجب أحد شيئين وعلل بان القود ثابت فالمأخوذ عوض عنه وليس من جنسه فجاز من غير تقدير كسائر المعاوضات الجائزة . وأما القود فقد يقال انما يسقط بعد صحة الصلح وثبوته وأما مجرد المعاوضة فى عقد الصلح فلا يوجب سقوطه فانه انما يسقطه بعوض فلا يسقط بدون ثبوت العوض له (ومنها) لو صالح عن دم العمد بشقص هل يؤخذ بالشفعة أم لا إن قلنا الواجب القود عيناً فالشقص مأخوذ بعوض غير مالى فلا شفعة فيه على أشهر الوجهين وهو قول أبى بكر والقاضى والاكثرين خلافا لابى حامد ، وان قلنا الواجب أحد شيئين فهو مأخوذ بعوض مالى إذ هو عوض عن الدية لتعيينها باختيار الصلح صرح به صاحب المغنى والتلخيص

وكذلك السامرى فى المستوعب وهو خلاف ماقرره فى الفروق ، ويتوجه على قول من قال الصلح عن القود أن يطرد فيه الوجهان الأولان وهو وقف على إطلاق الاكثرين (ومنها) لو قتل عبده(١) عبداً من مال التجارة عمداً فصالح المالك عنه بمال فذكر القاضى فى التخريج أنه إن قلنا الواجب القصاص عيناً لم يصر المال المصالح به للتجارة الا بنية(٢) وعلل بأنه ليس بعوض عن المقتول بل عن القصاص وان قلنا أحد شيئين فهو من مال التجارة بغير نية كثمن المبيع ، وعلل بأنه عوض عن المقتول فهو كقتل الخطأ ، وهذا منزل على أن الصلح وقع على المال أما إن قيل إنه واقع عن القود فقد يقال كذلك لأنه بدل عن العبد وقد يقال لايصير للتجارة إلا بنية وظاهر تعليل القاضى يدل عليه لأنه عوض عما كان يستحقه على مالك الجانى من اراقة دمه بخلاف ما اذا أخذ قيمة الجانى أو باعه فى الجناية فانه استوفى المال الواجب بالقتل عوضاً عن العبد المقتول . وذكر القاضى وابن عقيل فى المضاربة اذا قتل عبد عبداً من عبيد المضاربة عمداً فصالح عنه بمال من مال المضاربة لأنه بدل بكل حال عن مال المضاربة فهو كالثمن ولم يبنياه على الخلاف فى موجب العمد اذ هو بدل عنه بكل حال فلا حاجة هاهنا الى نية ولكن قد يبنى على ماذكرناه من أن الصلح هل وقع عن المال أو عن القود وقال أبو البركات فى تعليقه على الهداية يحتمل عندى أنه متى قلنا القصاص يجب عيناً أن المضاربة قد بطلت ويكون جميع ماصالح عنه للسيد ملكا جديداً .

﴿ القاعدة الثامنة والثلاثون بعد المائة ﴾

العين المتعلق بها حق لله تعالى أو لآدمى ، اما أن تكون مضمونة أو غير مضمونة فان كانت مضمونة وجب ضمانها بالتلف والاتلاف بكل حال ، وان لم تكن مضمونة لم يجب ضمانها بالتلف ووجب بالاتلاف ان كان مستحق موجود والا فلا ؛ أما الأول فله أمثلة : (منها) الزكاة فاذا قلنا تتعلق بالعين على المشهور فانها لاتسقط بتلف المال ويجب ضمانها (ومنها) الصيد فى حق المحرم وفى الحرم مضمون على المالك بالجزاء . وأما الثانى فله أمثلة كثيرة : (منها) الرهن يضمن

(١) فى ٧١١ : عبد عبدا . وفى ٧١٢ . لو قتل عبدا من (٢) من هنا الى قوله كقتل الخطأ عبارة أصلنا ويقابل ذلك فى ٧١١ [بأنه ليس بعوض عن المقتول بل عن القصاص وان قلنا أحد شيئين وهو مال التجارة بغير ركبين وعلل بانه عوض عن المقتول] وفى ٧١٢ . هكذا [وعلل بانه ليس بعوض عن المقتول بل عن القصاص وعلل بانه عوض عن المقتول فهو كقتيل الخطأ وإن قلنا أحد شيئين فهو من مال التجارة بغير نية كثمن المبيع]

بالاتلاف مثل أن يستهلكه الراهن أو يعتقه ان كان عبدا ولا يضمن بالتالف (ومنها) العبد الجانى اذا أعتقه سيده فانه يضمنه وهل يضمنه بأرش الجناية مطلقاً أو بأقل الأمرين منه ومن قيمته على روايتين ذكرهما القاضى فى المجرد وأنكر فى الخلاف رواية الضمان بالأرش مطلقاً قال لأنه أتلف محل الحق فلم يلزمه أكثر من ضمانه بخلاف ما اذا اختار فداءه فانه مع بقائه قد يرغب فيه راغب فيبذل فيه ما يستوفى منه الأرش كله فلذلك ضمنه بارش كله على رواية ونقل عنه ابن منصور أنه اذا علم بالجناية ضمنه بالأرش كله وان لم يعلم لزمه الأقل ونقل عنه حرب ان لم يعلم فلا شيء عليه بحال وان علم ضمنه بالقيمة فقط ولو قتله المالك لزمه قيمته للمجنى عليه ذكره القاضى فى خلافه وان قتله اجنبى ففى الخلاف الكبير يسقط الحق كما لو مات وحكى القاضى فى كتاب الروايتين والآمدى روايتين . احداهما يسقط الحق قال القاضى نقلها مهنا لفوات محل الجناية . والثانية لا تسقط نقلها حرب واختارها أبو بكر وبها جزم القاضى فى المجرد فيتعلق الحق بقيمته لأنها بدله فهو كما لو مات القاتل عمداً فان الدية تجب فى تركته وجعل القاضى المطالبة على هذه الرواية للسيد والسيد يطالب الجانى بالقيمة (ومنها) اذا قتل رجلا عمداً ثم قتل القاتل قال احمد فى رواية ابن ثواب فى رجل قتل رجلا عمداً ثم قتل الرجل خطا لهم الدية قيل له وان قتل عمداً قال وان قتل عمداً فقيل له فان قوماً يقولون انه إذا قتل انما كان لهم دمه وليس لهم الدية قال ليس كذلك الحديث ان أولياءه بالخيار ان شاؤا قتلوا وان شاؤا قبلوا الدية فقد نص على أن القاتل اذا قتل تعينت الدية فى تركته وعلل بان الواجب بقتل العمد أحد شيئين وقد فات أحدهما فتعين الآخر . وهذا يدل على أنه لا يجب شيء اذا قلنا الواجب القود عيناً وهذا يقوى على قولنا ان الدية لا تثبت الا بالتراضى . وخرج الشيخ تقى الدين وجهاً آخر وقواه أنه يسقط الدية بموت القاتل أو قتله بكل حال معسراً كان أو موسراً وسواء قلنا الواجب القود عيناً أو أحد شيئين لأن الدية أنما تجب بأزاء العفو وبعد موت القاتل لا عفو فيكون موته كموت العبد الجانى والعجب من القاضى فى خلافه كيف حمل هذه الرواية على أن أولياء المقتول الأول يخيرون فى القاتل الثانى بين أن يقتصوا منه أو يأخذوا الدية وتبعه على ذلك صاحب المحرر فحكاه رواية ومن تامل لفظ الرواية علم أنها لا تدل على ذلك البتة وقال القاضى أيضاً فى خلافه الدية واجبة فى التركة سواء قلنا الواجب أحد شيئين أو القصاص عيناً وكلام أحمد يدل على خلاف ذلك كما رأيته وكذلك نص عليه فى رواية ابن القاسم فى الرجل يقتل عمداً ثم يقدم ليقادمنه فيأتى رجل فيقتله قال الولى الأول بالخيار ان شاء قتل وان شاء أخذ الدية فلما ذهب الدم فينظر الى اولياء هذا المقتول الثانى فان هم أخذوا الدية من القاتل الاخير فقد صار ميراثاً من

ماله ثم يعود أولياء الدم الأول فيأخذونها منهم بدم صاحبهم وكذلك نقل أبو الخطاب عن أحمد وقال اذا فاته الدم أخذ الدية من ماله ان كان له مال لأنه مخير ان شاء أخذ الدية وان شاء عفا وهذا كله تصريح بالحكم والتعليل وجعل المطالبة بالدية لأولياء القاتل الأول لأن الدية فى ماله وخرج صاحب المغنى وجهاً أن المطالبة لقاتل القاتل لأنه فوت محل الحق فهو كما لو قتل العبد الجانى والأصحاب وجهان فيما اذا قتل الجانى بعض الورثة حيث لاينفرد بالاستيفاء هل الباقين حصتهم من الدية فى مال الجانى أم على المقتص على وجهين وعلى الأول يرجع ورثة الجانى على المقتص بما فوق حقه ، ونقل صالح وابن منصور عن أحمد فى رجل قتل رجلا فقامت البينة عند الحاكم فأمر بقتله فعدا بعض ورثة المقتول فقتل الرجل بغير أمر الحاكم . فقال هذا قد وجب عليه القتل ماللحاكم هاهنا وظاهر هذا أنه لايلزمه ضمان لأنه استوفى الحق لنفسه ولشركائه ولاسيما ان قلنا الواجب بقتل العمد القود عيناً (ومنها) لو عين أضحية أو هدياً لا(١)عن واجب فى الذمة فان أتلفه أو تلف بتفريطه فعليه ضمانه بمثله لأن مستحقه موجود وهم المساكين وان تلف بغير تفريط فلا شيء عليه ، ونقل القاضى فى خلافه وأبو الخطاب فى انتصاره [وابن عقيل فى عمده رواية] بوجوب الضمان كالزكاة واخذوه من قول الخرقى ومن ساق هدياً واجباً فعطب دون محله فعليه مكانه ، وهذا بعيد جداً وكلام الخرقى انما هو فى الواجب فى الذمة . قالوا وكذا الخلاف فيمن نذر الصدقة بمال معين ولم يفعل حتى تلف هل يضمنه على الروايتين (ومنها) لو نذر عتق عبد معين فمات قبل أن يعتقه لم يلزمه عتق غيره ولزمه كفارة يمين نص عليه احمد لعجزه عن المنذور ، وان قتله السيد فهل يلزمه ضمانه على وجهين . أحدهما لايلزمه قاله القاضى وأبو الخطاب لأن القصد من العتق تكميل الاحكام والمصرف للعبد فاذا فات المصرف لم يبق مستحق للعتق . والثانى يلزمه قاله ابن عقيل فيجب صرف قيمته فى الرقاب أخذاً من قولنا فى الولاء اذا حصل من المعتقين فى الكفارة صرف فى الرقاب والولاء أليس من القيمة لأنه بدل الاكتساب والقيمة بدل الذات واذا كانت هذه الرقاب مصرفاً فلا وجه لسقوط القيمة عنه ، ولو أتلفه اجنبي فقال أبو الخطاب لسيده القيمة ولا يلزمه صرفها فى العتق وخرج بعض الأصحاب وجهاً بوجوبه وهو قياس قول ابن عقيل لأن البدل قائم مقام المبدل ولهذا لو وصى له بعبد فقتل قبل قبوله فان قيمته له اذا قتل . (٢)

(١) فى أصلنا : عن واجب فى الذمة (٢) كذا فى أصلنا وفى ٧١١ . وفي ٧١٢ ولهذا : لووصي بعبد فقبل قوله فان قيمته له اذا قتل (ولعله الصواب) .

﴿ القاعدة التاسعة والثلاثون بعد المائة ﴾

الحقوق الواجبة من جنس اذا كان بعضها مقدراً بالشرع وبعضها غير مقدر به ، فهى ثلاثة أنواع . أحدها أن يكون تقدير الحق خشية سقوط صاحبه بحيث كان من لم يقدر حقه يستحق الجميع عند الانفراد كذوى الفروض مع العصبات فى الميراث فها هنا تد يزيد الحق الذى لم يقدر على الحق المقدر لأنه أقوى منه . والنوع الثانى ان يكون التقدير لنهاية الاستحقاق وغير المقدر موكولا الى الرأى والاجتهاد من غير تقديره باصل يرجع اليه فلا يراد الحق الذى لم يقدر على المقدر هاهنا وله صور :

(منها) الحد والتعزير فلا يبلغ بتعزير الحر والعبد أدنى حدودهما الا فيما سببه الوطء فيجوز ان يبلغ بالتعزير عليه فى حق الحر مائة جلدة بدون نفى وقيل لا يبلغ المائة بل ينقص منه سوطا وفى حق العبد خمسين الا سوطا ويجوز النقص منه على ما يراه السلطان ، ومن الاصحاب من حكى أنه لا يبلغ بالتعزير فى معصية حدا مشروعا فى جنسها ويجوز أن يزيد على حد غير جنسها . قال فى المغنى ويحتمله كلام أحمد والخرقى . وعن أحمد لا يزاد فى كل تعزير على عشر جلدات لخبر أبى بردة (ومنها) السهم من الغنيمة والرضخ فلا يبلغ بالرضخ لآدمى سهمه المقدر ولا بالرضخ لمركوب سهمه المقدر. النوع الثالث أن يكون أحدهما مقدرا شرعا والآخر تقديره راجع الى الاجتهاد ولكنه يرجع الى أصل يضبط به فهل هو كالمقدر أم لا ؟ ان كان محلهما واحدا لم يجاوز به المقدر وفى بلوغه خلاف وان كان محلهما مختلفا فالخلاف فى بلوغ المقدر ومجاوزته فالأول كالحكومة اذا كانت فى محل له مقدر فلا يجاوز بها المقدر وكذلك المحل وفى بلوغه وجهان والثانى كدية الحر مع قيمة العبد فاذا جاوزت قيمة العبد فهل تجب القيمة بكمالها أم لا يجوز ان يبلغ بها دية الحر بل ينقص منها على روايتين ، وقد يخرج عليهما جواز بلوغ الحكومة الأرش المقدر مطلقا .

﴿ القاعدة الأربعون بعد المائة ﴾

من سقطت عنه العقوبة باتلاف نفس أو طرف مع قيام المقتضى له لمانع فانه يتضاعف عليه الغرم ، ويتخرج على ذلك مسائل :

(منها) اذ قتل مسلم ذميا عمداً ضمنه بدية مسلم (ومنها) من سرق من غير حرز فانه يتضاعف عليه الغرم نص عليه وقيل يختص ذلك بالثمر والكثر (ومنها) الضالة المكتومة يضمن بقيمتها مرتين نص عليه أحمد فى رواية ابن منصور معللا بان التضعيف فى الضمان هو لدرء القطع وهذا

متوجه على أصله فى قطع جاحد العارية (ومنها) لو قلع الأعور عين الصحيح فانه لا يقتص منه وتلزمه الدية كاملة نص عليه (ومنها) الصغير اذا قتل عمداً وقلنا ان له عمداً صحيحا ضوعف عليه الدية فى ماله (ومنها) السرقة عام المجاعة قال القاضى فى خلافه يتضاعف الغرم فيها من غير قطع على قول أحمد لأنه احتج فى رواية الأثرم بحديث عمر فى رقيق حاطب (ومنها) السرقة من الغنيمة اذا قلنا هى كالغلول وان الغال يحرم سهمه منها على رواية فيجتمع عليه غرم ماسرقه مع حرمان سهمه المستحق منها ، وقد يكون قدر السرقة وأقل وأكثر . وليس من هذه القاعدة تغليظ الدية بقتل ذى الرحم عمداً لأن القصاص فيه قد يكون واجبا فى غير الابن وانما هو لزيادة حرمة الجناية فهو كالتضعيف بالقتل فى الحرم والاحرام .

﴿ القاعدة الحادية والاربعون بعد المائة ﴾

اذا أتلف عينا تعلق بها حق الله تعالى من يجب عليه حفظها واستيفاؤها الى مدة معلومة لزمه ضمانها بقيمتها فى ذلك الوقت ، لا يوم تلفها أو بمثلها على صفاتها فى ذلك الوقت لا يوم تلفها على أصح الوجهين ، ويتخرج على ذلك صور :

(منها) لو ترك الساعى زكاة الثمار أمانة بيد رب المال فأتلفها قبل جفافها أو تلفت بتفريطه ضمنها بقدرها يابسا لا رطبا على الصحيح وعنه يضمنها بمثلها رطبا (ومنها) لو أتلف الأضحية أو الهدى فعليه ضمانه بأكثر القيمتين من يوم الاتلاف أو يوم النحر ، وفيه وجه يضمنها بقيمتها يوم التلف قبل يوم النحر بكل حال كما لو كان أجنبيا ، وفى الكافى يضمنها بأكثر الأمرين من قيمتها أو هدى مثلها لأنه فوت الاراقة والتفرقة بعد لزومها فلزمه ضمانها كما لو أتلف شيئين قال ويشترى بالقيمة هديا ويحتمل أن يتصدق به ؛ ويلتحق بهذا ما اذا أكل المضحى جميع أضحيته أو الهدى مما منع من أكله فانه يضمنه بمثله لحماً نص عليه فى رواية ابن منصور ، لا تلزمه الاراقة والتفرقة وقد أتى بأحدهما وبقى الآخر فلزمه ضمانه ولو أتلفه غيره فعليه قيمته لأنه لا يلزمه الاراقة فلزمته القيمة ويشترى بها مثـــله .

﴿ القاعدة الثانية والأربعون بعد المائة ﴾

مازال من الأعيان ثم عاد بأصل الخلقة أو بصنع آدمى هل يحكم على العائد بحكم الأول أم لا ؟ فيه خلاف يطرد فى مسائل :

(منها) لو قلع سنه أو قطع اذنه فأعاده فى الحال فثبت والتحم كما كان ولم يرح فهل يحكم بطهارته أم لا نص احمد على طهارته اذا ثبت والتحم وعلى نجاسته اذا لم يثبت وحكى القاضى المسألة على(١) روايتين ، وفرق ابن أبى موسى بين أن يثبت ويلتحم فيحكم بطهارته لعود الحياة اليه وهذا بخلاف ما اذا لم يثبت وهذا حسن . فان كان ذلك بجناية جان فالمنصوص عن أحمد أنه لا قود فيه ولا دية سوى حكومة نقصه واختاره أبو بكر وبناه كثير من الأصحاب على القول بطهارته وقال القاضى حقه بحاله فأما إن اقتص من الجانى فأعاده والتحم فهل للمقتص إبانته ثانياً أم لا نص أحمد فى رواية ابن منصور على أن له ابانته وعلل بأن القصاص للشين والشين قد زال وقال القاضى فى المجرد ليس له ذلك (ومنها) لو قلع ظفر آدمى أو سنه أو شعره ثم عاد أو جنى عليه فاذهب شمه أو بصره ثم عاد بحاله فلا ضمان بحال فى المذهب لأن أطراف الآدمى لا تضمن بالاتلاف اذ ليست أموالا فانما يضمن بما نقص الجملة ولم يوجد نقص ولا فرق فى ذلك بين الحر والعبد صرح به جماعة . ويتوجه التفريق لأن أعضاء الرقيق أموال ولهذا يجوز بيع لبن الأمة دون الحرة على وجه لنا وقد ذكروا فى الجارية المغصوبة اذا هزلت عند الغاصب ثم سمنت فهل يضمن نقصها على وجهين والأشبه بكلامه أنه لا ضمان لأنه نص فى رواية ابن منصور فيمن كسر خلخالا لغيره ان عليه اصلاحه وبينهما فرق فان اصلاح الخلخال نوع ضمان بخلاف عود السمن ولكن صرح صاحب التلخيص بانه لو غصب جداراً فنقضه ثم أعاده فعليه أرش نقصه الا أن هذا بناه على أن الواجب الأرش فالبناء عدوان ولا يسقط به الواجب . وكذلك ذكر القاضى فيما اذا باع الغاصب الدار المغصوبة فنقضها المشترى ثم بناها أن على المشترى ضمان قيمتها مبنية ومنقوضة يرجع به على الغاصب (ومنها) نبات الحرم اذا قطعه أو قلع غصنا من شجرة منه ثم عاد ففى ضمانه وجهان وكذلك لو جنى على ريش طائر فى الحرم أو الاحرام ثم نبت فهل يضمنه على وجهين لتردد ضمان صيد الحرم ونباته وصيد المحرم بين ضمان الأموال اذ هى أموال فى الجملة وبين ضمان الآدميين لأنه واجب لحق الله تعالى والأشبه أن صيد الحرم ونباته ملحق بالآدميين لعصمته بمحله بالنسبة الى جميع الناس بخلاف صيد المحرم فان تحريمه يختص به فهو شبيه بالأموال المملوكة التى تحل لمالكها دون غيره (ومنها) لو أعاره حائطا لوضع خشبه عليه فسقط الجدار ثم أعاده فهل له إعادة الوضع أم لا فيه وجهان ليس له ذلك بدون اذن لان الثانى غير الأول فلم تتناوله الاعادة والصالح ذكره القاضى وابن عقيل فى العارية والثانى له ذلك ان أعاده بآلته العتيقة والا فلا وحكى عن القاضى

---

(١) فى أصلنا : فحكى القاضى فى المسألتين روايتين

ولا أظنه يصح عنه ولو كان الوضع مستحقا بعقد صلح فله الوضع بكل حال وجهاً واحداً (ومنها) اذا أجره داراً فانهدم جدارها فأعاده المؤجر فصرح القاضى وابن عقيل بأن هذا المجدد لم يقع عليه العقد وفرعا عليه أنه لا يجبر على التجديد وكذا ذكر صاحب التلخيص مع قوله ان جدد فلا خيار له ، وحكى وجها باجباره على التجديد كما يجبر على الترميم ، ويتوجه التفريق بين أن تعاد بآلتها العتيقة أو غيرها كما فى التى قبلها (ومنها) مسئلة الجدار المشترك اذا انهدم وأعاده أحد الشريكين فهل يعود حق شريكه فيه . ان اعاده بآلة جديدة لم يعد وان كان بآلته العتيقة فوجهان سبق ذكرهما (ومنها) لو وصى له بدار فانهدمت فاعادها فالمشهور بطلان الوصية بزوال الاسم ولا يعود بعود البناء لأنه غير الأول ويتوجه عودها ان أعادها بآلتها القديمة، وفيه وجه آخر لا تبطل الوصية بكل حال ولو لم يعد بناؤها ، وعلى هذا فهل يستحق انقاضها الموجودة حال الوصية على وجهين يرجعان الى أن الاعتبار هل هو بحال الوصية أو بحال الموت، وهل يستحق البناء المتجدد فيها على وجهين أيضاً (ومنها) اذا تهدمت الكنيسة التى تقر فى دار الاسلام فهل يمكنون من اعادتها على روايتين معروفتين ، بناء على أن الاعادة هل هى استدامة أو انشاء ، ولو فتح بلد عنوة وفيه كنيسة منهدمة تقر فهل يجوز بناؤها ، فيه طريقان . أحدهما المنع منه مطلقا. والثانى بناؤه على الخلاف فى بناء المنهدمة .

﴿ القاعدة الثالثة والأربعون بعد المائة ﴾

يقوم البدل مقام المبدل و يسد مسده و يبنى حكمه على حكم مبدله فى مواضع كثيرة ، وقد سبق ذكر بعضها (ومنها) اذا مسح على الخف ثم خلعه فانه يجزئه غسل قدميه على إحدى الروايتين ولو فاتت الموالاة لأن المسح كمل الوضوء وأتمه وقام مقام غسل الرجلين الى حين الخلع فاذا وجد الخلع وتعقبه غسل القدمين فالوضوء كالمتواصل. وعلى هذا لو وجد مايكفى لغسل بعض أعضاء الحدث الأصغر فاستعمله فيها ثم تيمم للباقى ثم وجد الماء بعد فوات الموالاة لم يلزمه الا غسل باقى الاعضاء وهو ظاهر ماذكره الشيخ مجد الدين فى شرح الهداية لكنه بناه على سقوط الموالاة للعذر (ومنها) لو افترق المتصارفان ثم وجد أحدهما بما قبضه عيبا وأراد الرد وأخذ بدله فى مجلس الرد فهل ينتقض الصرف بذلك أم لا ؟ على روايتين (ومنها) اذا حضر الجمعة أربعون رجلا من أهل وجوبها ثم تبدلوا فى أثناء الخطبة أو الصلاة بمثلهم انعقدت الجمعة وتمت بهم (ومنها) لو أبدل نصابا من أموال الزكاة بنصاب من جنسه بنى على حول الأول على المذهب، ولو أبدله بغير جنسه استأنف

إلا فى ابدال أحد النقدين بالآخر فان فيه روايتين وخرج أبو الخطاب فى انتصاره رواية بالبناء فى الابدال من غير الجنس مطلقاً (ومنها) لو أبدل مصحفاً بمثله جاز نص عليه بخلاف مالو باعه بثمن وذكر أبو بكر فى المبادلة هل هى بيع أم لا على روايتين، وانكر القاضى ذلك وقال هى بيع بلا خلاف وانما أجاز أحمد ابدال المصحف بمثله لأنه لايدل على الرغبة عنه ولا على الاستبدال به بعوض دنيوى بخلاف أخذ ثمنه (ومنها) لو أبدل جلود الأضاحى بما ينتفع به فى البيت من الآنية جاز نص عليه لأن ذلك يقوم مقام الانتفاع بالجلد نفسه فى متاع البيت (ومنها) ابدال الهدى والأضاحى بخير منها وهو جائز نص عليه، وكذلك ابدال الوقف اذا خرب والمسجد اذا بادأهله، وفى الوقف مع عمارته بخيرمنه روايتان (ومنها) لو مات رب المال وهو فى يد المضارب أوشريك العنان وأراد الوارث تقريره واذن له فى التصرف جاز، وهل هو ابتداء عقد أو استدامة على وجهين ذكرهما فى التلخيص وغيره وأشار اليهما القاضى وابن عقيل بان كان المال عرضاً وقلنا يصح القراض على العرض فلا كلام وان قلنا لايصح خرجهما القاضى على وجهين. قال فى التلخيص ان قلنا هو ابتداء فلا يصح وان قلنا تقرير جاز لأنه عرض هو اشتراه وجنس رأس المال قد تعين من قبل فرجع اليه بخلاف الابتداء أما اذا مات [العامل] وأراد المالك تقرير وارثه وكان المال عرضاً فهو كالابتداء وجهاً واحداً قاله القاضى والاكثرون، وفرقوا بين موت رب المال وموت العامل بأن رب المال ترك للوارث أصلا يبنى عليه وهو المال فلذلك صح بناء العقد عليه بخلاف العامل فانه لم يكن منه سوى العمل وقد زال بموته فلم يخلف لوارثه أصلا يبنى عليه (ومنها) لو كاتبه على عرض فاداه فوجده معيباً فرده فهل يستحق بدله ولا يرتفع العتق أم يرتفع العتق برده على وجهين وبناه بعضهم على أن الملك هل حصل بالقبض أم يقف على الرضى (ومنها) لو اعتاض عن دين الكتابة بغير جنسه فهل يعتق المكاتب على وجهين (ومنها) أن العوض هل يقوم مقام المعوض فى البر والحنث أم لا؟ على وجهين.

﴿ القاعدة الرابعة والأربعون بعد المائة ﴾

فيما يقوم فيه الورثة مقام موروثهم من الحقوق، وهى نوعان: حق له وحق عليه.

فاما النوع الأول فما كان من حقوقه يجب بموته كالدية والقصاص فى النفس فلا ريب فى أن لهم استيفاءه وسواء قلنا إنه ثابت لهم ابتداء أو منتقل اليهم عن موروثهم ولا يؤثر مطالبة المقتول بذلك شيئاً على المعروف من المذهب، ومال الشيخ تقى الدين الى أن مطالبته بالقصاص توجب

تحتمه فلا يتمكنون بعـدها من العفو وما كان واجباً له فى حياته ان كان قد طالب به أو هو فى يده ثبت لهم ارثه (فمنه) الشفعة اذا طالب بها نص عليه أحمد فى أكثر الروايات وتوقف فى رواية ابن القاسم وقال هو موضع نظر (ومنه) حد القذف ونص عليه أيضاً ويستوفيه الوارث لنفسه بحكم الارث عند القاضى، وقال ابن عقيل فيما قرأته بخطه انما يستوفى للميت بمطالبته منه ولا ينتقل وكذا الشفعة فيه فان ملك الوارث وان كان طارئاً على البيع الا أنه مبنى على ملك موروثه (ومنه) خيار الشرط ونص عليه أحمد أيضاً (ومنه) الدم نص عليه أحمد فى رواية محمد بن موسى والمراد به مادون النفس اذا وجب له فى حياته ثم مات من غير سرايته بعد طلبه (ومنه) خيار الرجوع فى الهبة اذا طالب به ذكره القاضى فى خلافه (ومنه) الأرض الخراجية التى بيده لأن هذا حق قد احدثه وحازه وكذلك الموات المتحجر وحقوق الاختصاصات التى تحت يده كلها (ومنه) حصة المضارب من الربح اذا قلنا لا تملك بالظهور فان اشتراطه لها فى العقد مع عمله فى المال لأجلها أبلغ من المطالبة باللفظ وهذا بخلاف الغانم ان سلمناه على قولنا لا يملك حصته بدون التملك فانه لم يجاهد للغنيمة وانما جاهد لاعلاء كلمة الله تعالى والغنيمة تابعة، وأما ان لم يكن يطالب به فهو ضربان . أحدهما : حقوق التملكات والحقوق التى ليست بمالية كالقصاص وحد القذف ففيه قولان فى المذهب اشهرهما أنه لا يورث ويندرج فى ذلك صور (منها) الشفعة فلا تورث مطالبته على المذهب وله مأخذان أشار اليهما أحمد أحدهما : أنه حق له فلا يثبت بدون مطالبته به ولو علمت رغبته من غير مطالبة لكفى فى الارث ذكره القاضى فى خلافه . والثانى أن حقه فيها سقط بتركه واعراضه لاسيما على قولنا إنها على الفور ، فعلى هذا لو كان غائباً فلهم المطالبة وليس لهم ذلك على الأول ونقل عنه أبو طالب(١) اذا مات صاحب الشفعة فلولده أن يطلبوا الشفعة تورثه وظاهر هذا أن لهم المطالبة بها بكل حال فانه صرح بنفى (٢) ارثها فى رواية مهنا وغيره وقد وقع التردد فى كلامه فى ثبوت الارث فيها (ومنها) حق الفسخ بخيار الشرط فلا تورث بغير مطالبة نص عليه أيضاً وخرج أبو الخطاب وغيره وجهاً آخر بارثه مطلقاً (ومنها) الفسخ الثابت بالرجوع فى الهبة فلا يثبت بدون المطالبة أيضاً صرح به القاضى وظاهر كلام [أبى الخطاب] تخريج الخلاف فيه وعن أحمد فى الهبة المخصص بها بعض الولد اذا مات الواهب قبل التعديل والرجوع هل للورثة الرجوع أم لا روايتان وماخذهما أن رجوع الوالد فى هذه الهبة هل هو من باب الرجوع فى الهبة الثابتة للوالد دون غيره فلا يقوم غيره فيه مقامه او هو ثابت لاستدراك الظلم والجور ، وعلى هذا هل هو مأمور به لحق نفسه حيث ظلم واعتدى فأمر بالتعديل

(١) فى ٧١١ : أبو الحارث . (٢) فيها : بيقاء إرثها .

فاذا لم يفعله سقط أو هو مامور به لحق بقية الأولاد المظلومين فيثبت لهم الرد اذا تعذر الرد من جهته ؟ (ومنها) حد القذف فلا يورث بدون المطالبة أيضا نص عليه وخرج أبو الخطاب فيه وجها بالارث (١) والمطالبة (ومنها) القصاص فيما دون النفس وظاهر كلام أحمد كما قدمناه أنه يسقط بدون الطلب ، وظاهر كلام القاضي والاكثرين أنه يستوفى وعللوا بانه يسقط الى مال فهو كخيار الرد بالعيب (ومنها) خيار قبول الوصية المنصوص عن أحمد أن الوصية تبطل بموت الموصى له قبل وصولها اليه كذلك نقله عنه ابن منصور وغيره وهو اختيار القاضي والاكثرين اذا مات قبل القبول وقال الخرقي يثبت الخيار بين القبول والرد لورثة (٢) الموصى له لأن الوصية لزمت بموت الموصى فهى كالمملوكة ، ونقل صالح عن أبيه اذا أوصى لقرابته أو أهل بيته ثم مات بعضهم بعد الميت وقبل القسمة قد وجبت الوصية لكل من أوصى له اذا كان حيا يوم أوصى له . قال الشيخ مجد الدين وهذا نص لما قال الخرقي وليس بنص فيه لاحتمال أن يكون أثبت ملكا بمجرد الموت من غير قبول أو بالقبول فليس فى النص ماينفيه صريحاً ورواية ابن منصور بالبطلان لم يتعرض فيها للقبول بل للقبض. الضرب الثانى : حقوق أملاك ثابتة متعلقة بالاملاك الموروثة فينتقل الى الورثة بانتقال الأموال المتعلقة بها بدون المطالبة بخلاف الضرب الاول فان الحقوق فيه من حقوق المالكين لامن حقوق الاملاك ولهذا لا تجب الشفعة عندنا لكافر على مسلم لأنه ليس من أهل الاستحقاق على المسلم (ومن صور ذلك) الرهن فاذا مات وله دين برهن انتقل برهنه الى الورثة (ومنها) الكفيل وهو كالرهن لأنه توثقة فهو كالشهادة وعلله القاضي بانه يستوفى منه المال فهو كالرهن والضابط عنده ان ما فيه مال ينتقل الى الورثة ومالا فلا (ومنها) الضمان فاذا مات وله دين به ضامن انتقل الى الورثة مضمونا بخلاف ما اذا أحال به رب الدين فى حياته فانه ينفسخ الضمان بالحوالة نص أحمد عليه فى رواية مهنا لأن الأجنبي ليس بخليفة لرب الدين فلا ينتقل اليه بحقوقه بخلاف الوارث (ومنها) الأجل فلا يحل الدين المؤجل اذا أوثقه الورثة برهن أو كفيل فى أشهر الروايتين (ومنها) الرد بالعيب وقد تردد القاضي فى خلافه هل هو ثابت للورثة ابتداء أو بطريق الارث ؟ والمشهور أنه ارث لأن الرد انما يثبت لمن كان العقد له والخيار الثابت بفوات الصفة المشروطة فى العقد مثله ذكره القاضي أيضا معللا بأنه يستحق فيه الارش وذكر القاضي فى كتاب التخريج أن من باع سلعة إلى أجل ثم مات المشترى فاشتراها البائع من وارثه باقل من الثمن لم يجز لأن الوارث يملكها على

---

(١) فى نسختي الدار : بالارث مطلقا (٢) فى أصلنا : لمورثه الموصى له

حكم ملك الميت بدليل أنه يردها على بائعها بالعيب فصار الشراء منه كالشراء من المورث وهذا غريب وهو يشبه الوجه الذى حكاه ابن عقيل فى بناء الوارث على حول المورث فى الزكاة.

النوع الثانى : الحقوق التى هى على المورث ، فان كانت لازمة قام الوارث مقامه فى ايفائها وإن كانت جائزة فان بطلت بالموت فلا كلام وإن لم تبطل بالموت فالوارث قائم مقامه فى امضائها وردها ويتخرج على ذلك مسائل :

(منها) اذا مات وعليه ديون أو وصى بوصايا فللورثة تنفيذها اذا لم يعين وصيا (ومنها) اذا مات وعليه عبادة واجبة تفعل عنه بعد موته كالحج والمنذورات فان الورثة يفعلونها عنه ويجب عليهم بذلك إن كان له مال وإلا فلا. ولو فعلها عنه أجنبي بدون اذنهم ففى الاجزاء وجهان وكذلك الكفارات الواجبة بالمال قال فى المغنى ان أعتق فيها الأجنبى لم يصح وإن أعتق الوارث صح لأنه قائم مقام المورث فى ماله واداء واجباته، وفى البلغة إن كان له مال صح عتقه عنه وإن لم يكن له مال لم يصح عتقه عنه ويصح إطعامه عنه ، وأما الأجنبي فلا يصح عتقه عنه وفى صحة اطعامه عنه وجهان ، ولو مات من أوجب أضحية قبل ذبحها فالوارث يقوم مقامه فى الذبح

«تنبيه» : كثير من الأصحاب يطلق ذكر الوارث هنا وقال ابن عقيل وغيره هو الأقرب فالاقرب وكذلك قال الخرقى هو الوارث من العصبة ، فاما الوارث بالشفعة فيدخل فيه العصبات وذوو الفروض والرحم ، وأما الوارث لحد القذف فكذلك على المنصوص وقيل يختص بالعصبة وقيل بمن عدا الزوجين من الورثة (ومنها) إذا مات الراهن قبل اقباض الرهن الذى لايلزمه بدون قبض فوارثه قائم مقامه فى اختيار التقبيض والامتناع ذكره الاصحاب وقالوا وهو ظاهر كلام أحمد فى رواية ابن منصور وأبى طالب(١) لأنه عقد يؤول الى اللزوم فلايبطل فى الموت كالبيع فى مدة الخيار بخلاف الشركة والمضاربة مع أن فى المضاربة خلافا سبق (ومنها) اذا مات الواهب قبل لزوم الهبة بالقبض ففيه وجهان . أحدهما يقوم وارثه مقامه فى ذلك كالرهن قاله أبو الخطاب والثانى يبطل وهو المنصوص فى رواية ابن منصور واختيار ابن أبى موسى وقاله القاضى وابن عقيل فى الهبة فى الصحة ، وأما العطية فى المرض اذا مات قبل اقباضها فجعلا الورثة فيها بالخيار لشبهها بالوصية .

(١) فى ٧١١ : وأبى الخطاب

﴿ القاعدة الخامسة والأربعون بعد المائة ﴾

المعتدة البائن فى حكم الزوجات فى مسائل :

(منها) أن المبتوتة فى مرض الموت ترث فى العدة دون مابعدها على احدى الروايتين لان الطلاق مانع من الارث فلما قصد به الفرار من الحق المنعقد سببه ضعف منعه فلم يعمل فى المنع مادامت علق الزوجية قائمة (ومنها) تحريم نكاح الأخت فى عدة اختها البائن ، والخامسة فى عدة الرابعة تنزيلا لحالة العدة منزلة حالة النكاح (ومنها) أن العدتين من رجلين(١) لا يتداخلان فاذا وطئت البائن بشبهة فى عدتها أتمت عدة الأول واستأنفت العدة للثانى على المذهب فلا تكون محبوسة على رجلين فى عدة واحدة كما لا يحبس عليهما فى نكاح واحد ، وان كان الواطىء بشبهة هو الزوج تداخلت العدتان لأنهما من رجل واحد الا أن تحمل من أحد الوطئين ففى التداخل وجهان لكون العدتين من جنسين ، وذكر أبو بكر فيما اذا وطئت زوجة الطفل ثم مات عنها ثم وضعت قبل تمام عدة الوفاة انها لاتحل له حتى تكمل عدة الوفاة . قال الشيخ مجد الدين وظاهر هذا تداخل العدتين (ومنها) لو طلق المدخول بها طلاقاً بائناً ثم نكحها فى العدة ثم طلقها قبل الدخول ففيها طريقان . أحدهما : أنها على الروايتين فى الرجعية اذا روجعت أو طلقت فى العدة قبل الاصابة هل تبنى أو تستأنف وهو المذكور فى المجرد والفصول والمحرر . والثانى تبنى هنا رواية واحدة وهو مافى تعليق القاضى وعمد الادلة لانقطاع النكاح الثانى عن الأول بالبينونة بخلاف الرجعية (ومنها) لو مات مسلم وزوجته ذمية فاسلمت فى العدة قبل قسمة الميراث فنص احمد فى رواية البرزاطى على أنها ترث مالم تنقض عدتها ، وعلى هذا فلو أسلمت المرأة أولا ثم ماتت فى مدة العدة لم يرثها زوجها الكافر ولو أسلم قبل القسمة لانقطاع علق الزوجية عنه بموتها وحكى القاضى عن أبى بكر أن الزوجين لا يتوارثان بالاسلام قبل القسمة بحال قال وظاهر كلام الأصحاب خلافه وانه لافرق فى ذلك بين الزوجين وغيرهما كما يرث الزوجان من الدية سواء قيل بحدوثها على ملكهم أو على ملك الموروث ولم يذكر القاضى المنصوص عن أحمد ، وأما نفقة البائن فان كانت بفسخ أو طلاق فلها السكنى والنفقة مع الحمل والا فلا هذا ظاهر المذهب لأن النفقة فى مقابلة التمكين من الاستمتاع ولهذا لم يجب قبل التسليم ولا مع النشوز . وعنه لها السكنى خاصة اذا لم تكن حاملا ، وعنه لها النفقة والسكنى حكاها ابن الزاغونى وغيره مطلقا وقيل هى كالزوجة يجوز لها الخروج والتحول باذن الزوج مطلقاً .

---

(١) فى أصلنا من رجل ، وعلى رجل .

﴿ القاعدة السادسة والأربعون بعد المائة ﴾

تفارق المطلقة الرجعية الزوجات فى صور :

(منها) ان فى اباحتها فى مدة العدة روايتين ، وعلى رواية التحريم فهل يجب لها المهر بالوطء على وجهين (ومنها) ان طلاقها فى مدة العدة طلاق بدعة على أصح الروايتين (ومنها) أن الايلاء منها هل يصح منها على روايتين (ومنها) هل يصح اختيارها لزوجها اذا اعتقت تحت عبد على وجهين (ومنها) لو نكحت المطلقة ثلاثاً زوجاً آخر فخلى بها ثم طلقها وقلنا تجب عليها العدة بالخلوة وثبتت الرجعة وهو ظاهر المذهب ثم وطئها فى مدة العدة فهل يحلها لزوجها الأول على روايتين حكاهما صاحب الترغيب (ومنها) اذا علقت الرجعية فى مدة العدة بولد فهل تلحق بمطلقها أم لا ؟ على روايتين . (ومنها) ان المعتدة من اجنبى من طفلها(١) هل تعود الى حضانته فى مدة الرجعة أم لا تعود حتى تنقضى عدتها على وجهين (ومنها) لو مات زوج الرجعية فهل تنتقل الى عدة الوفاة أو تعتد باطولهما على روايتين(ومنها)أن الرجعية يجب عليها لزوم منزلها لحق الله تعالى كالمتوفى عنها نص عليه أحمد فى رواية أبى داود وذكره القاضى فى خلافه وصاحب المحرر ، وقيل هى كالزوجة يجوز لها الخروج والتحول باذن الزوج مطلقاً .

﴿ القاعدة السابعة والأربعون بعد المائة ﴾

أحكام النساء على النصف من أحكام الرجال فى مواضع :

(منها) الميراث(ومنها)الدية (ومنها) العقيقة عن الغلام شاتان وعن الجارية شاة(ومنها) الشهادة (ومنها) العتق فيعدل عتق امرأتين بعتق رجل فى الفكاك من النار كما دل عليه الحديث وحكى ابن أبى موسى فى المسئلة روايتين . احداهما كذلك . والثانية وجعلها المذهب ان عتق العبد والأمة فى ذلك سواء (ومنها) عطية الأولاد فى الحياة فان المشروع عندنا أن يكون على سبيل الميراث خلافاً لابن عقيل (ومنها) الصلاة فان المرأة تسقط عنها الصلاة أيام الحيض واكثر الحيض على ظاهر المذهب خمسة عشر يوما وهو نصف الشهر .

﴿ القاعدة الثامنة والاربعون بعد المائة ﴾

من أدلى بوارث وقام مقامه فى استحقاق ارثه سقط به ، وان أدلى به ولم يرث ميراثه لم يسقط به ، ويتخرج على ذلك مسئلتان : احداهما ، ولد الأم يدلون بالأم ويرثون معها لأنهم يرثون بالأخوة

(١) فى أصلنا وفى ٧١٢: متى طلقها . وفى نسختى الدار : هل تعود الى حضانتها منه

لا بالأمومة . والثانية الجدة أم الأب ترث مع الأب على ظاهر المذهب لأنها ترث ميراث جدة لا ميراث جد .

﴿ القاعدة التاسعة والأربعون بعد المائة ﴾

الحق الثابت لمعين يخالف الثابت لغير معين فى احكام :

(منها) من له وارث معين ليس له أن يوصى با كثر من ثلثه ، ومن لا وارث له من ذى فرض ولا عصبة ولا رحم هل له أن يوصى بماله كله أم لا ؟ على روايتين ، فمن الأصحاب من بناهما على هـذه القاعدة ومنهم من بناهما على أن بيت المال هل هو عصبة وارث أم لا ويتعلق بهذا اذا أقر الامام بنسب من لايعلم له وارث معين قال القاضى وابن عقيل يثبت نسبه لأن المال للمسلمين والامام نائبهم وهـذا كأنه تفريع على القول بتوريث بيت المال . ويتوجه مثل ذلك فى اجازة الامام وصية من وصى بكل ماله وقلنا لايجوز له الزيادة على الثلث . وذكر الاصحاب أن من قتل ولا وارث له فللامام العفو عن قاتله الى الدية وليس له العفو مجاناً لأنه كتوريث القاتل ، وهل له أن يقتص على وجهين قد سبق ذكر مأخذهما (ومنها) الأموال التى يجهل ربها يجوز التصدق منها بخلاف ما علم ربها وقد سبق من ذلك صور عديدة (ومنها) اذا مات من لاوارث له وعليه دين مؤجل فهل يحل ؟ قال القاضى وابن عقيل فى المجرد وصاحب المغنى يحل لأن الأصل يستحقه الوارث وقد عدم هنا . وذكر القاضى فى خلافه احتمالين لأن له وارثاً لكنه غير معين ، وقد يتخرج على هذا ما إذا مات المستأجر ولا وارث له هل تنفسخ الاجارة أولا ؟ فان أحمد نص فيمن اكترى بعيراً ليحج عليه فمات فى بعض الطريق فان عاد البعير خالياً فعليه بقدر ماوجب له ، ووجهه صاحب المغنى غيره بأنه تعذر انتفاعه فى بقية المدة وليس له وارث يستوفى المنفعة فانفسخت الاجارة بذلك . وصرح الاصحاب بأن الامام يأخذ بالشفعة اذا مات من لاوارث له بعد المطالبة بها ، وفى عمد الادلة لابن عقيل أن حد القذف كذلك فى قياس المذهب (ومنها) أن المال المستحق لغير معين كالزكاة لاتقف اداؤه على مطالبتهم ولا على مطالبة وكيلهم وهو الامام ولهذا لاتسقط الزكاة عندنا بتلف النصاب قبل التمكن من الأداء بخلاف المستحق لمعين فانه لا يجب الاداء اليه بدون مطالبة .

﴿ القاعدة الخمسون بعد المائة ﴾

تعتبر الاسباب فى عقود التمليكات كما يعتبر فى الأيمان ، ويتخرج على هذا مسائل متعددة :

(منها) مسائل العينة (ومنها) هدية المقترض قبل الأداء فانه لايجوز قبولها ممن لم يجر له منه عادة (ومنها) هدية المشركين لأمير الجيش فانه لايختص بها على المذهب بل هى غنيمة أو فىء على اختلاف الاصحاب (ومنها) هدايا العمال قال أحمد فى رواية ابى طالب فى الهدايا التى تهدى للامير فيعطى منها الرجل قال هذا الغلول ، ومنع الاصحاب من قبول القاضى هدية من لم تجر العادة بهديته له قبل ولايته (ومنها) هبة المرأة زوجها صداقها اذا سألها ذلك فان سببها طلب استدامة النكاح فان طلقها فلها الرجوع فيها نص عليه احمد فى رواية عبد الله (ومنها) الهدية لمن يشفع له بشفاعة عند السلطان ونحوه فلا يجوز ذكره القاضى وأومأ اليه لأنها كالأجرة ، والشفاعة من المصالح العامة فلا يجوز أخذ الأجرة عليها وفيه حديث صريح فى السنن ، ونص أحمد فى رواية صالح فيمن عنده وديعة فأداها فاهديت اليه هدية أنه لايقبلها إلا بنية المكافأة وحكم الهدية عند اداء سائر الامانات حكم الوديعة (ومنها) مانص عليه أحمد فى رواية ابن ماهان فيمن اشترى لحماً ثم استزاد البائع فزاده ثم رد اللحم بعيب فالزيادة لصاحب اللحم لأنها أخذت بسبب اللحم فجعلها تابعة للعقد فى الرد لأنها مأخوذة بسببه وان كانت غير لاحقة به . وتأولها القاضى على انها ان كانت مأخوذة فى المجلس فلحقت بالعقد وخرج ابن عقيل منها رواية بلحوق الزيادة بعد لزوم العقد والحاجة الى ذلك (ومنها) ماحكاه الاثرم عن احمد فى المولى يتزوج العربية يفرق بينهما فان كان دفع اليها بعض المهر ولم يدخل بها يردوه وان كان أهدى هدية يردونها عليه . قال القاضى فى الجامع لأن فى هذه الحاله تدل على أنه وهب له بشرط بقاء العقد فاذا زال ملك الرجوع بها كالهبة بشرط الثواب انتهى . وهذا فى الفرقة القهرية لفقد الكفاءة ونحوها ظاهر وكذلك الفرقة الاختيارية المقسطة للمهر فاما النسخ المقرر للمهر أو نصفه فتثبت معه الهدية . فاما ان كانت العطية لغير المتعاقدين لسبب العقد كاجرة الدلال ونحوها ففى النظريات لابن عقيل ان فسخ البيع باقالة ونحوها لم يقف على التراضى فلا يرد الاجرة وان فسخ بخيار أو عيب ردت لان البيع وقع متردداً بين اللزوم وعدمه وقياسه فى النكاح أنه ان فسخ لفقد الكفاءة أو العيب ردت وان فسخ لردة أو رضاع أو مخالعة لم ترد

﴿ القاعدة الحادية والخمسون بعد المائة ﴾

دلالة الاحوال تختلف بها دلالة الاقوال فى قبول دعوى مايوافقها ورد ما يخالفها ، ويترتب عليها الاحكام بمجردها ويتخرج عليه مسائل :

(منها) كنايات الطلاق فى حالة الغضب والخصومة لا يقبل دعوى ارادة غير الطلاق بها (ومنها) كنايات القذف وحكمها كذلك على الصحيح حتى ان ابن عقيل جعلها مع دلالة الحال صرائح (ومنها) لو تلفظ الاسير بكلمة الكفر ثم ادعى انه كان كرها فالقول قوله لأن الاسر دليل الاكراه والتقية (ومنها) لو اتى الكافر بالشهادتين على طريق الاستهزاء والحكاية وقال ولم أرد الاسلام مع دلالة الحال على صدقه فهل يقبل منه على روايتين حكاهما القاضى فى روايتيه ويتخرج عليهما لو أقر بمال فى هذه الحال وأفتى جماعة بلزوم ما أقر به (ومنها) لو اقر المحبوس أو المضروب عدوانا ثم ادعى الاكراه قبل قوله نص عليه. ولو احضر الى سلطان فاقر ثم ادعى انه دهش ولم يعقل ما أقر به لم يقبل نص عليه أيضا. ويتخرج قبوله اذا ظهرت منه امارة ذلك من تلجلجه فى الكلام ورعدة ونحوها (ومنها) لو دخل حربى الينا ومعه سلاح فادعى انه جاء مستامنا لم يقبل قوله وان لم يكن معه سلاح قبل نص عليه. وكذلك لو جاء بعض عسكرنا بحربى وادعى انه اسره وقال بل امنتنى ففيه روايتان وثالثها أن القول قول من يدل الحال على صدقه لضعفه او قوته (ومنها) لو جاء المكاتب سيده بتمام كتابته فقبضها السيد ثم قال له انت حر ثم بان المال مستحقا وقال السيد انما أردت الاخبار بعتقه بالاداء ولم ارد تنجيز عتقه فالقول قوله ذكره القاضى فى المجود وابن عقيل وقد نص احمد فى رواية المروذى فى رجل قالت لامرأته ان خرجت فانت طالق فاستعارت امرأة ثيابها فلبستها فابصرها زوجها حين خرجت من الباب فقال قد فعلت أنت طالق وقال يقع طلاقه على امرأته فنص على وقوع طلاقه مع أن الظاهر انه أراد الاخبار بوقوع طلاقها المحلوف به على خروجها ولم يدنيه فى ذلك. وأيضا فلو قيل انه قصد انشاء الطلاق فانه انما اوقعه عليها بخروجها الذى منعها منه ولم يكن موجودا وهذا يشهد لقول القاضى فيما إذا قال لزوجته أنت طالق ان دخلت الدار بفتح الهمزه أنها تطلق مطلقا سواء كانت قد دخلت أو لم تدخل خلافا لما ذكره ابن ابى موسى انها لا تطلق اذا لم تكن دخلت من قبل لانه انما طلقها لعلة فلا يثبت الطلاق بدونها، وكذلك أفتى ابن عقيل فى فنونه فيمن قيل له قد زنت زوجتك فقال هى طالق ثم تبين له انها لم تكن زنت أنها لا تطلق. وجعل السبب كالشرط اللفظى وأولى وهذا هو قول عطاء بن ابى رباح (ومنها) لو سرق عينا وادعى أنها ملكه ففى قطعه روايتان ثالثها ان كان معروفاً بالسرقة قطع وإلا فلا صححها صاحب الترغيب (ومنها) لو ادعى دفع ثوبه إلى من يخيطه أو يقصره أو ركب سفينة وهو معروف بأخذ الأجرة على ذلك استحق الاجرة (ومنها) الهبة التى يراد بها الثواب بدلالة حال الواهب من غير شرط نقل حنبل عن أحمد ما يدل على وجوب اثابته والمشهور خلافه (ومنها) لو وجد لقيط وبجنبه مال ظاهر أو مدفون دفنا طرياً فانه يحكم له به.

وكذلك مايكون بالقرب من الانسان أو بين يديه من متاع أو طعام ونحوه ذكره ابن عقيل قال وكذلك رزمة الثياب وحزمة الحطب يحكم بها للواقف بقربها لأن ذلك شاهد وضعها عنه للاستراحة فكأنها على رأسه انتهى . وينبغى تقييده بمن كان يليق به حملها دون من لايحملها مثله (ومنها) لو تنازع الزوجان فى متاع البيت فما صلح للرجل فهو للرجال وماصلح للنساء فهو للمرأة ، وكذلك لو اختلف صانعان فى آلة دكان لهما أو نازع رب الدار خياطاً فيها فى ابرة أو مقص أو تنازع المؤجر والمستاجر فى رف مقلوع أو مصراع له شكل منصوب . ومن هذا الباب اللوث فى القسامة والقضاء بمعاقد القمط وهو رواية حكاها ابن أبى موسى والحاق النسب بالقافة (ومنها) لو ادعى دعوى يشهد الظاهر بكذبها مثل أن ادعى على الخليفة أنه اشترى منه مافيه ثقل وحملها بيده (١) لم تسمع دعواه بغير خلاف ذكره القاضى فى خلافه وان أطلق الدعوى عليه ففى سماعها قبل أن يبين أن لها أصلا روايتان لاحتمال معاملته بوكيله (ومنها) لو اختلف الزوجان فى قدر المهر فالقول قول من يدعى مهر المثل على احدى الروايتين .

﴿ القاعدة الثانية والخمسون بعد المائة ﴾

المحرمات فى النكاح أربعة أنواع .

النوع الأول : المحرمات بالنسب ، وضابط ذلك أنه يحرم على الانسان أصوله وفروعه وفروع أصله الادنى وان سفلن وفروع أصوله البعيدة دون بناتهن فيدخل فى أصوله أمه وأم أمه وأم أبيه وان علون ، ودخل فى فروعه بنته وبنت بنته وبنت ابنه وان نزلن ، ودخل فى فروع أصله الادنى اخواته من الابوين أو من أحدهما و بناتهن و بنات الاخوة وأولادهم وان سفلن ، ودخل فى فروع أصوله البعيدة العمات والخالات وعمات الابوين وخالاتهما وان علون . ولم يبق من الاقارب حلالا سوى أصول فروعه البعيدة وهن بنات العم وبنات العمات وبنات الخال وبنات الخالات .

النوع الثانى : المحرمات بالصهر ، وهن أقارب الزوجين وكلهن حلال إلا أربعة أصناف حلائل الآباء والابناء وامهات النساء وبنات النساء المدخول بهن . فيحرم على كل واحد من الزوجين أصول الآخر وفروعه فيحرم على الرجل أم امرأته وأم أبيها وان علت . ويحرم عليه بنت امرأته وهى الربيبة وبنت بنتها وان سلفت ، وتحرم بنت الربيب أيضاً نص عليه فى رواية صالح وذكر الشيخ تقى الدين أنه لايعلم فيه نزاعاً ، ويحرم عليه أن يتزوج بامرأة أبيه وان علا وامرأة أبنه وان سفل .

(١) فى ٧١١ باقة بقل وحملها بيده . و ٧١٢ : باقة وحملها الخ

النوع الثالث : المحرمات بالجمع ، فكل امرأتين بينهما رحم محرم يحرم الجمع بينهما بحيث لو كانت احداهما ذكراً لم يجز له التزوج بالاخرى لأجل النسب دون الصهر . فلا يجوز له الجمع بين المرأة وعمتها وان علت ولا بينها وبين خالتها وان علت ، ولا بين الاختين ولا بين البنت وأمها وان علت . قال الشعبى : كان أصحاب محمد صلى الله عليه وسلم يقولون لايجمع الرجل بين امرأتين لو كانت احداهما رجلا لم يصلح له أن يتزوجها ذكره الامام أحمد فى رواية ابنه عبدالله باسناده . وانما قلنا لأجل النسب دون الصهر ليخرج من ذلك الجمع بين زوجة رجل وابنته من غيرها فانه مباح اذ لا محرمية بينهما ليخشى عليهما القطيعة لكن يرد على هذا من كان بينهما تحريم من الرضاع فانه يحرم عليه الجمع بينهما نص عليه فى رواية الاثرم وحرب وتوقف فى رواية ابن منصور فى كون تشبيه الزوجة بالمحرمة من الرضاع ظاهراً فدل أن تحريم الرضاع لايساوى تحريم النسب من جميع الوجوه والله أعلم .

النوع الرابع : المحرمات بالرضاع ، فيحرم به مايحرم من النسب فى الانواع الثلاثة المتقدمة واختار الشيخ تقى الدين أنه لايثبت به تحريم المصاهرة فلا يحرم على الرجل نكاح أم زوجته وابنتها من الرضاع ولا على المرأة نكاح أبى زوجها وابنه من الرضاع. وقال أحمد فى رواية ابن بدينا فى حليلة الابن من الرضاع لايعجبنى أن يتزوجها يحرم من الرضاع مايحرم من النسب وليس على هذا الضابط ايراد صحيح سوى المرضعة بلبن الزنا والمنصوص عن أحمد فى رواية عبد الله أنها محرمة كالبنت من الزنا فلا ايراد اذاً والله أعلم .

﴿ القاعدة الثالثة والخمسون بعد المائة ﴾

ولد الولد هل يدخل فى مسمى الولد عند الاطلاق ، هذا ثلاثة أنواع : أحدها أنه يدخل فى مسماه مطلقا مع وجود الولد وعدمه وذلك فى صور :

(منها) المحرمات فى النكاح كالبنات وحلائل الأبناء (ومنها) امتناع القصاص بين الآب وولده (ومنها) امتناع قطعه فى السرقة من مال ولده (ومنها) رد شهادة الوالد لولده (ومنها) وجوب اعتاق الولد على والده (ومنها) جر الولاء فاذا كان ابن معتقه قوم أبوه وجده رقيقين فيعتق جده انتقل الولاء إلى موالى الجد سواء كان الاب موجوداً أو لم يكن فى احدى الروايتين وفى الاخرى ان كان الآب مفقودا جر الجد الولاء إلى مواليه وان كان موجوداً لم يجره بحال وفى الثالثة لايجره الجد بحال فيختص جر الولاء بعتق الآب (ومنها) الوقف على الولد فيدخل فيه ولد الولد نص

عليه أحمد فى رواية المروذى ويوسف بن أبى موسى ومحمد بن عبيد الله المنادى وهو الذى جزم به الخلال وابن أبى موسى والقاضى فيما علقه بخطه على ظهر خلافه وغيرهم . وهل يدخلون مع آبائهم بالتشريك أو لا يدخلون الا بعدهم على الترتيب على وجهين للاصحاب ، وفى الترتيب فهل هو ترتيب بطن على بطن فلا يستحق أحد من ولد الولد شيئاً مع وجود فرد من الاولاد أو ترتيب فرد على فرد فيستحق كل ولد نصيب والده بعد فقده على وجهين والثانى هو منصوص أحمد وقد سبق ذكره وفى أحكام القرآن للقاضى ان كان ثم ولد لم يدخل ولد الولد وإن لم يكن ولد دخل واستشهد بآية المواريث قال ويصح حمل اللفظ على حقيقته ومجازه فى حالين مختلفين لا فى جهة واحدة مع أنه ذكر احتمالا بأن اطلاق الولد على ولد الولد حقيقة قال والاشبه أنه مجاز لصحة نفيه . وفى المجرد للقاضى لو وقف على أولاده ثم على أولاد أولاده ثم على الفقراء فهو بعد البطن الثانى من ولده للفقراء ومن الاصحاب من فهم منه أن ولد الولد لا يدخلون فى اطلاق الولد ومنهم من قال بل إنما رتب بطناً بعد بطن مرتين ثم جعل بعدهما للفقراء اعلم أنه أراد البطنين الأولين خاصة بخلاف حالة الاطلاق وإلى هذا أشار صاحب التلخيص (ومنها) الوصية لولده وقد جعل الاصحاب حكمها حكم الوقف وذكر أبو الخطاب أن أحمد نص على دخولهم فى ذلك والمعروف عن أحمد إنما هو فى الوقف وأشار الشيخ تقى الدين إلى دخولهم فى الوقف دون الوصية لأن الوقف يتأبد فيستحق ولده طبقة بعد طبقة والوصية تمليك للموجودين فيختص بالطبقة العليا الموجودة . وحيث قيل بدخول ولد الولد فى الوقف والوصية فانما هو فى ولد البنين فاما ولد البنات ففيه وجهان . للأصحاب اختار الخرقى والقاضى أنهم لا يدخلون واختار أبو بكر وابن حامد دخولهم . ونص أحمد فى رواية المروذى على أنهم لا يدخلون فى الوقف على الولد فمن الاصحاب من قال لا يدخلون فى مطلق الولد اذا وقع الاقتصار عليه ويدخلون فى مسمى ولد الولد لأنهم من ولد الولد حقيقة وليسوا بولد حقيقة وهذه طريقة ابن أبى موسى والشيرازى ومال اليها صاحب المغنى (ومنها) المنع فى دفع الزكاة إلى الولد ويدخل فيه ولد الولد وسواء فى ذلك ولد الذكور والاناث على المنصوص عن أحمد لأن ولد البنت قد ثبت له حكم الولد فى موضع فيثبت له حكم المنع من الزكاة بخلاف الوقف والوصية فان المراعى فيهما صدق الاسم وثبوته فى العرف لاجريان الحكم والله أعلم .

النوع الثانى : مايدخل فيه عند عدم الولد لا مع وجوده وذلك فى صور : (منها) الميراث فيرث ولد الولد جدهم مع فقد أبيهم كما يرثون آباءهم ولكن لا يرثهم الجد مع فقد الأب كما يرث الأب على ظاهر المذهب وفيه وجه آخر أنه يرثهم كالأب مطلقاً بحيث يحجب الاخوة كلهم اختاره ابن بطة وأبو حفص

البرمكى والشيخ تقى الدين (ومنها) ولاية النكاح فيلى الجد فيها بعد الاب مطلقاً مقدما على الابن على قول الخرقى والقاضى لكن لايقوم مقام الاب فى الاجبار على المذهب وحكى ابن الزاغونى رواية أنه يقوم مقامه فى الاجبار (ومنها) ولاية الصلاة على الجنازة فيلى الجد بعد الأب مقدماً على الابن على الصحيح أيضاً (ومنها) الحضانة فان الجد أولى رجالها بها بعد الأب .

النوع الثالث : مالايدخل فيه فى مسمى الولد بحال وذلك فى صور كثيرة (منها) الرجوع فى الهبة (ومنها) الاخذ من مال الولد بغير حاجة (ومنها) ولاية المال وفيه رواية (ومنها) الاستئذان فى الجهاد (ومنها) الاستتباع فى الاسلام (ومنها) الانفراد بالنفقة مع وجود وارث غيره موسراً كان الوارث الذى معه أو معسراً فالمعروف أن حكمه حكم سائر من تلزمه النفقة ، هل يلزمه كمال النفقة أو بقدر ارثه على روايتين أصحهما لايلزمه اكثر من مقدار ارثه منه وفى الاقناع لابن الزاغونى أن هذا الخلاف فى الجد والجدة خاصة وأن سائر الاقارب لايلزم منهم الغنى النفقة إلا بالحصة بغير خلاف .

﴿ القاعدة الرابعة والخمسون بعد المائة ﴾

خروج البضع من الزوج هل هو متقوم أم لا ؟ بمعنى أنه هل يلزمه المخرج له قهراً ضمانه للزوج بالمهر؟ فيه قولان فى المذهب ويذكر أن روايتين عن أحمد وا كثر الأصحاب كالقاضى ومن بعده يقولون ليس بمتقوم وخصوا هذا الخلاف بمن عدا الزوجة فقالوا لايضمن الزوج شيئاً بغير خلاف واختار الشيخ تقى الدين أنه متقوم على الزوجة وغيرها وحكاه قولا فى المذهب ويتخرج على ذلك مسائل :

(منها) لو أفسد مفسد نكاح امرأة قبل الدخول بها برضاع أوغيره فانه يجب عليه نصف المهر حيث يلزم الزوج نصف المهر كما إذا كانت الفرقة من الاجنبي وحده وله مأخذان . أحدها أن خروج البضع من الزوج متقوم فيتقوم قبل الدخول بنصف المهر المسمى وفيه وجه بنصف مهر المثل . والثانى أنه ليس بمتقوم لكن المفسد قرر هذا النصف على الزوج إذا كان بصدد أن يسقط عنه بانفساخ النكاح بسبب من جهتها . والثالث أن المهر كله يسقط بالفرقة لكن يجب لها نصف المهر وجوباً مبتدئاً بالفرقة التى استقل بها الاجنبي فلذلك لزمه ضمانه ذكره القاضى فى خلافه وفيه بعد . وأما حيث لايلزم الزوج شىء كما إذا وطىء الأب أو الابن زوجته قبل الدخول بتمكينها فهل يلزمه له نصف المهر أم لا ؟ على وجهين مذكورين فى المغنى وغيره . وهما متنزلان على أن

البضع هل هو متقوم أم لا ؟ إذ لاغرم هنا على الزوج ، ونقل مهنا عن أحمد فى رجل تزوج امرأة فبعثوا اليه ابنتها فدخل بها وهو لا يعلم قال حرمتا عليه جميعاً قال فقلت له ماعليه فقال عليه لهذه المهر بما استحل من فرجها . قلت وللأخرى ماعليه قال لها نصف الصداق قلت يرجع بالنصف الذى غرم لابنتها قال لا وانما لم يرجع هنا عنده لأن فساد نكاحه منسوب اليه مباشرة فلذلك استقر الضمان عليه ، ويتخرج فيه وجه آخر أنه يرجع بما غرمه على من غره وأما ان كان الافساد بعد الدخول بارضاع أو غيره ففيه وجهان : أحدهما أن على المفسد ضمان المهر المستقر على الزوج وهو منصوص أحمد فى رواية ابن القاسم بناء على أن خروج البضع متقوم وكما يضمن الغار المهر لمن غره وان استقر بالدخول بل هذا أولى لأن المغرور قد يكون فسخ النكاح باختياره كما إذا دلس عليه عيب أونحوه حيث لم يرض بالمهر إلا مع السلامة من العيوب وهنا الفسخ بسبب الاجنبى فانه هو المانع للزوج من الاستمتاع فكان الرجوع عليه بالمهر أولى اذ الزوج يجب تمكينه من جنس الاستمتاع ويعود اليه المهر بمنعه من جنسه اذا لم يكن يستحقه مقدراً بخلاف منفعة الاجارة فانها تتقسط على المدة مع أن الاجارة تسقطها الاجرة عندنا بمنع المؤجر من التسليم المستحق بالعقد كله ؛ والوجه الثانى أنه لاضمان على المفسد بحال لاستقرار المهر على الزوج بالوطء بناء على أن خروجه غير متقوم واليه ميل ابن أبى موسى واختاره طائفة من المتأخرين . وأما ان كان المفسد للنكاح هو الزوجة وحدها بالرضاع أو غيره فقال الاصحاب لاضمان عليها بغير خلاف لئلا يلزم استباحة بضعها بغير عوض واختار الشيخ تقى الدين أن عليها الضمان وأخذه من مسئلة المهاجرة وامرأة المفقود كما سيأتى وكما قال الاصحاب فى الغارة أنه لامهر لها بل عندنا فى الاجارة أن غصب المؤجر يسقط الاجرة كلها بخلاف غصب غيره لاستحقاق التسليم عليه وأجاب عما قيل من استباحة البضع بدون عوض بأن العوض وجب لها بالعقد ثم وجب عليها ضمانه بسبب آخر فلم يخل العقد من عوض كما يجب لها بالعقد على البائع ضمان ماتعلق به حق توفيه باتلافه قبل القبض ولم يخل البيع من ثمن والله أعلم (ومنها) شهود الطلاق اذا رجعوا قبل الدخول فانهم يغرمون نصف المهر وان رجعوا بعد الدخول فهل يغرمون المهر كله أم لايغرمون شيئاً على روايتين مأخذهما تقويم البضع وعدمه . وعلى التغريم يغرمون المهر المسمى وقيل مهر المثل (ومنها) امرأة المفقود إذا تزوجت بعد المدة المعتبرة ثم قدم زوجها المفقود فانه يخير بين زوجته وبين المهر فان اختار المهر أخذ من الزوج الثانى المهر الذى أقبضه إياها أعنى الأول لأنه هو الذى استحقه على أصح الروايتين . وعلى الثانية يأخذ المهر الذى أعطاها الثانى وبكل حال فهل يستقر ضمانه على الزوج الثانى أم يرجع به على المرأة على

روايتين . احداهما يرجع به عليها لأن الفرقة جاءت منها فيستقر الضمان عليها . والثانى لايرجع به لأن المرأة استحقته بالاصابة فلا يجوز أخذه منها (ومنها) إذا طلق رجل امرأة ثم راجعها فى العدة وأشهد على الرجعة ولم تعلم المرأة حتى انقضت عدتها وتزوجت ودخل بها الثانى وقلنا على رواية أن الثانى أحق بها فهل تضمن المرأة لزوجها المهر أم لا ؟ على وجهين واختار القاضى الضمان لأن خروج البضع متقوم (ومنها) إذا أسلمت المرأة من أهل دار الحرب وهاجرت الينا ثم تزوجها مسلم بعد انقضاء عدتها فى دار الاسلام فهل يلزمه أن يرد على زوجها الكافر مهرها الذى أمهرها إياه على روايتين حكاهما ابن أبى موسى وظاهر القرآن يدل على وجوبه لكن أكثر الاصحاب على عدم الوجوب لأن الآية نزلت فى قصة صلح الحديبية وكان الصلح قد وقع على رد النساء قبل تحريمه فلما حرم الرد بعد صحة اشتراطه وجب رد بدله وهو المهر . وأما بعد ذلك فلا يجوز اشتراط رد النساء فلا يصح اشتراط رد مهورهن لأنه شرط مال للكفار من غير ضرورة ومن اختار الوجوب كالشيخ تقى الدين منع أن يكون رد النساء مشروطاً فى صلح الحديبية ومنع عدم جواز شرط رد المهر لاسيما إذا كان مشروطاً من الطرفين (ومنها) خلع المسلم زوجته بمحرم يعلمان تحريمه كخمر أو خنزير قال أبو بكر والقاضى والأصحاب هو كالخلع الخالى عن العوض فاذا صححناه لم يلزم الزوج شىء بخلاف النكاح على ذلك وعند الشيخ تقى الدين يرجع الى المهر كالنكاح ويحتمل كلام الخرقى فى خلع الأمة على سلعة بيدها أنه يصح ويتبع بقيمتها بعد العتق (ومنها) مخالعة الأب ابنته الصغيرة بشىء من مالها فالمذهب انه غير جائز وأن الضمان على الأب نص عليه أحمد فى رواية محمد بن الحكم وخرج بعض المتأخرين وجهاً بجوازه بأن خروج البضع متقوم فما بذل مالها الا فيما له قيمة فلا يكون تبرعاً وخرجه بعضهم من الرواية التى نقول فيها ان للأب العفو عن نصف المهر فى الطلاق قبل الدخول بناء على أنه الذى بيده عقدة النكاح وذكر صاحب المغنى احتمالا فى ولى الصغيرة والسفيهة والمجنونة مطلقاً اذا رأى الحظ فى ذلك وكذلك أشار اليه ابن عقيل فى الفصول (ومنها) اذا قال لزوجته أنت طالق بألف فلم تقبل طلقت رجعياً ولم يلزمها شىء نص عليه أحمد رحمه الله تعالى فى رواية مهنا ولو قال لعبده أنت حر بالف فلم يقبل لم يعتق عند الأصحاب والفرق بينهما أن خروج البضع غير متقوم بخلاف العبد فانه مال محض وخرج الشيخ تقى الدين وجهاً أنه يعتق العبد بغير شىء كما فى الطلاق لأن الطلاق والعتاق فيهما حق لله تعالى وليس العوض بركن فيهما اذ لم يعلقهما عليه بل اوقعهما منجزاً وشرط فيهما العوض فاذا لم يلتزما العوض لغى ووقع الطلاق والعتق لما فيهما من الحق لله تعالى الذى لا يمكن ابطاله

﴿ القاعدة الخامسة والخمسون بعد المائة ﴾

يتقرر المهر كله للمرأة باحد ثلاثة اشياء :

(الأول) الوطء فيتقرر به المهر على كل حال، وأما مقدماته كاللمس للشهوة والنظر الى الفرج أو الى جسدها وهى عارية فمن الاصحاب من ألحقه بالوطء وجعله مقرراً رواية واحدة لأنه آكد من الخلوة المجردة ومنهم من خرجه على وجهين أو روايتين من الخلاف فى تحريم المصاهرة به وقال ابن عقيل ان كانت عادته فعل ذلك فى الملأ استقر به المهر لأن ذلك خلوة مثله والا فلا والمنصوص عن احمد رحمه الله فى رواية مهنا أنه اذا تعمد النظر اليها وهى عريانة تغتسل وجب لها المهر (والثانى) الخلوة بمن يمكن الوطء بمثله فان كان ثم مانع اما حسى كالجب والرتق أو شرعى كالاحرام والحيض فهل يقرر المهر على طرق للاصحاب. احدها أن فى المسئلة روايتين مطلقتين وهى طريقة القاضى فى الجامع وصاحب المحرر وكذا لصاحب المغنى الا انه اورد رواية ثالثة بالعوض بين المانع المتأكد شرعا كالاحرام وصيام رمضان فلا يستقر معه المهر بخلاف غيره. والثانية ان كان المانع من الوطء ودواعيه كالاحرام وصيام رمضان ففيه روايتان وان كان لا يمنع الدواعى كالحيض والجب والرتق استقر رواية واحدة وهى طريقة القاضى فى المجرد وابن عقيل فى الفصول. والثالثة ان كانت الموانع بالزوج استقر الصداق رواية واحدة وان كانت بالزوجة فهل يستقر على روايتين وهى طريقة القاضى فى خلافه ومن الأصحاب من حكى رواية أخرى أنه لا يستقر المهر بالخلوة لمجردها بدون الوطء اخذا مما روى يعقوب من بختان عن احمد اذا خلا بها وقال لم أطأها وصدقته ان لها نصف الصداق وعليها العدة وانكر الاكثرون هذه الرواية وحملوا رواية يعقوب هذه على وجه آخر وهو أن الخلوة انما قررت المهر لانه مظنة الوطء المقرر فقامت مقامه فى التقرير لأن حقيقة الوطء لا يطلع عليه غالبا [فعلق الحكم على] مظنته فاذا تصادق الزوجان على انتفاء الحقيقة التى هى الوطء لم يقبل ذلك فى اسقاط العدة لأن فيها حقاً لله تعالى وهل يقبل فى سقوط نصف المهر على روايتين نقل ابن بختان قبوله لانه حق محض للزوجة وقد أقرت بسقوطه ونقل الاكثرون عدم قبوله لملازمته للعدة وهذا يرجع الى أن الخلوة مقررة لمظنة الوطء ومن الأصحاب من قال انما قررت لحصول التمكين بها وهى طريقة القاضى وردها ابن عقيل بأن الخلوة مع الجب لا تمكين بها قال وانما قررت لأحد أمرين اما الاجماع الصحابة وهو حجة أو لأن طلاقها بعد الخلوة بها ورده زهداً فيها ففيه ابتذال وكسر لها فوجب جبره بالمهر وقيل بل المقرر هو استباحة مالا يستباح الا بالنكاح من المرأة فدخل فى ذلك الخلوة واللمس

بمجردهما لان ذلك كله معقود عليه فى النكاح . والمهر يستقر بنيل بعض المعقود عليه لا يقف على نيل جميعه وهذا ظاهر كلام أحمد فى رواية حرب قيل له فان أخذها وعندها نسوة فمسها وقبض عليها ونحو ذلك من غير أن يخلو بها قال اذا نال منها شيئاً لا يحل لغيره فعليه المهر. وعلى هذا فقال الشيخ تقى الدين يتوجه أن يستقر المهر بالخلوة وإن منعه الوطء بخلاف ماذكره ابن حامد والقاضى والأصحاب

(المقرر الثالث) الموت قبل الدخول وقبل الفرقة وان طلقها فى المرض ثم مات فيه فهل يستقر لها المهر على روايتين بناء على توريثها منه وعدمه ، ويتقرر بأمر رابع وهو إذهاب عذرتها بدفعها على رواية خرجها صاحب المغنى وقد سبقت.

﴿القاعدة السادسة والخمسون بعد المائة﴾

فيما يتنصف به المهر قبل استقراره وما يسقط به الفرقة قبل الدخول .ان كانت من جهة الزواج وحده أو من جهة اجنبى وحده تنصف بها المهر المسمى وان كانت من جهة الزوجة وحدها سقط بها المهر وان كانت من جهة الزوجين معاً او من جهة الزوجة مع اجنبى ففى تنصف المهر وسقوطه روايتان فهذه خمسة أقسام

[القسم] الأول ما استقل به الزوج وله صور (منها) طلاقه وسواء كان منجزا أو معلقا بصفة وسواء كانت الصفة من فعلها أولم تكن كذا ذكره الأصحاب قالوا لأن السبب كان منه وهو الطلاق وإنما حقيقته لوجود شرطه والحكم إنما يضاف إلى صاحب السبب وقال الشيخ تقى الدين ان كانت الصفة من فعلها الذى لها منه بد فلا مهر لها ويمكن تخريج ذلك من إحدى الروايتين فى المريض إذا علق طلاق امرأته على ما لها منه بد ففعلته فان فى إرثها روايتين ويشهد لذلك مسألة التخيير فأنه لو خيرها قبل الدخول فاختارت نفسها فهل يسقط مهرها أو يتنصف على روايتين حكاهما ابن أبى موسى والتخيير توكيل محض والتعليق بفعلها فى معناه والمنصوص عن أحمد رحمه الله أنه لا مهر للمخيرة قال مهنا سألت احمد عن رجل تزوج امرأة ثم طلبت منه الخيار فاختارت نفسها ولم يكن دخل بها لها عليه نصف الصداق قال فى قلبى منها شيء ثم قال لا ينبغى أن يكون لها شيء قلت انى سألت غير واحد قال يكون لها عليه نصف الصداق. فقال لى فان اسلمت امرأة مجوسية وأبى زوجها أن يسلم يكون لها عليه صداقها؟ قال فى هذا يدخل عليهم انتهى (ومنها) خلعه ونص عليه أحمد فى رواية مهنا أنه يوجب نصف المهر وعلله القاضى بأن الخلع يستقل به الزوج لأنه يصح مع الأجنبى بدون رضى المرأة فلذلك نسب اليه. وفيه وجه آخر أنه يسقط به

المهر فمن الأصحاب من خرجه على أنه فسخ فيكون كسائر الفسوخ من الزوج ومنهم من جعله مما يشترك به الزوجان لأنه إنما يكون بسؤال المرأة فتكون الفرقة فيه من قبلها ولذلك يسقط ارثها بالخلع فى المرض وهذا على قولنا لايصح مع الأجنبي أظهر . فاما ان وقع مع الأجنبي وصححناه فينبغي أن يتنصف به المهروجهاً واحداً ومنها اسلامه والزوجة غير كتابية فى احدى الروايتين وفى الأخرى يسقط المهر لأنه فعل الواجب عليه وانما وقعت الفرقة بامتناعها من الاسلام فلايكون لها مهر (ومنها) ردته عن الاسلام (ومنها) اقراره بالنسب أو بالرضاع أوغير ذلك من المفسدات فيقبل منه فى انفساخ النكاح دون سقوط النصف (ومنها) أن يطأ أم زوجته أوابنتها بشبهة أو زناً فينفسخ نكاح البنت ويجب لها نصف الصداق نص عليه أحمد فى رواية ابن هانىء ويستثنى من هذا القسم الفسوخ التى يملكها الزوج لضرر يلحقه اما لظهور عيب فى الزوجة أو فوات شرط فيسقط بها المهر لأن حكم الفسوخ فى العقود لعيب ظهر فى المعقود عليه يزاد العوضين من الجانبين وقد وجد ذلك قبل تمكنه من قبض المعقود عليه واستيفائه وإنما استحقت نصف المهر فى الصداق وما كان فى معناه جبرا لها حيث لم يكن له موجب من جهتها وهنا قد وجد سبب من جهتها فصار كالمنسوب اليها

القسم الثانى : ما أستقل به الاجنبى وحده(ومن صور ذلك) أن ترضع زوجته الكبرى زوجته الصغرى (ومنها) أن يكره رجل زوجة أبيه أو ابنه على الوطء قبل الدخول

القسم الثالث . مااستقلت به الزوجة وحدها ولهصور (منها) ردتها (ومنها) اسلامها وفيهرواية أخرى أن لها نصف المهر لأنها فعلت الواجب عليها فنسب الفسخ الى امتناع الزوج(ومنها)ارضاعها من يثبت به المحرمية بينها و بين الزوج وكذلك ارتضاعها منها وهى صغيرة (ومنها)فسخها النكاح لعيب الزوج قال الأصحاب هو منسوب اليها لا اليه فسقط المهر أيضاً لذلك وفرقوا بينهما بأن فسخهلعيبها رد للمعقود عليه بعيب فلا ينسب إلا إلى من دلس العيب بخلاف فسخها لعيبه فان العيب ليس فى المعقود عليه بل فى غيره فقد امتنعت من تسليم المعقود عليه مع سلامة العوضين لضرر دخل فلذلك نسب الفعل اليها وهذا يرجع إلى أن الزوج غير معقود عليه فى النكاح وفيه خلاف سبق ذكره والاظهر فى الفرق أن يقال الفسوخ الشرعية التى يملكها كل من الزوجين على الآخر انماشرعت لازالة ضررحاصل فاذاوقعت قبل الدخول فقد رجع كل من الزوجين [على الآخر] إلى مابذله سليما كما خرج منه فلاحق له فى غيره بخلاف الطلاق ومافى معناه من موجبات الفرقة بغير ضرر ظاهر فانه يحصل به للمرأة انكسار وضرر فجبره الشارع باعطائها نصف المهر عند تسمية المهر

وبالمتعة عند فقد التسمية والله أعلم . ونقل مهنا عن أحمد فى مجبوب تزوج امرأة فلما دخل عليها لم ترض به لها ذلك وعليه نصف الصداق اذا لم ترض به. قال الشيخ تقى الدين هذا يدل على أن المرأة اذا فسخت قبل الدخول فلها نصف الصداق لأن سبب الفسخ هو العيب من جهته وهى معذورة فى الفسخ وأما القاضى فقال قد وجد الدخول وإنما لم يقرر المهر كله المانع القائم به (ومنها) فسخها النكاح لاعسار الزوج بالمهر أو النفقة أوغير ذلك كالفسخ لفوات شرط صحيح قال القاضى والا كثرون هو منسوب اليها فيسقط به مهرها كما فى الفسخ لعيب الزوج وقال أبو بكر فى التنبيه فسخها لفوات الشرط يجب لها به نصف الشرط لأن فوات الشرط من قبل الزوج فنسب الفسخ به اليه دونها وقياسه الفسخ بمنع النفقة ونحوها مما هو من فعل الزوج وهو قادر على ازالته ، وأما الفسخ لعسرته فهو كالفسخ لعيبه كما تقدم قال الشيخ تقى الدين ويلزم من قال ان خروج البضع متقوم بمهر المثل وأن الفرقة من جهتها كاتلاف البائع للمبيع قبل القبض أن يخير الزوج بين مطالبتها بمهر المثل وضمان المسمى لها وبين اسقاط المسمى (ومنها) فسخ المعتقة تحت عبد قبل الدخول وفيه روايتان احداهما لامهر لها اختارها الخرقى وغيره لاستقلالها بالفسخ كالحرة والثانية يتنصف المهر نقلها مهنا واختارها أبو بكر لأن السيد هو مستحق المهر فلا يسقط بفسخ غيره ويجاب عنه بان اعتاق السيد لسبب فى الفسخ يسقط حقه لتسببه فى سقوطه وان باشره غيره كمن قال لغيره الق متاعى فى البحر ففعل

القسم الرابع : ماشترك فيه الزوجان وله صور (منها) لعانها فذكر أبو بكر أن فرقة اللعان جاءت من جهة الزوجة لأن الفرقة انما تقع بلعانها وقال القاضى يخرج على روايتين أصلهما إذا لاعنها فى مرض موته فهل ترثه على روايتين (ومنها) أن يخالعها وقد سبق أن المنصوص عن أحمد أن لها نصف الصداق وهو قول القاضى واصحابه ولأن لنا فيه وجها آخر أنه يسقط المهر كله إذا قلنا هو فسخ فانه يكون منسوباً اليهما فيكون كالتلاعن بخلاف ماإذا قلنا انه طلاق فان الطلاق يستقل به الزوج فهو كما لو قال لها ابتداء أنت طالق بألف فقبلته ويتخرج لنا وجه آخر أنه يسقط به المهر وان قلنا هو طلاق بناء على أنه جاء من قبلها بسؤالها ولهذا كان لنا فيمن خالعت زوجها فى مرضه هل ترثه أولا روايتان. وجزم ابن أبى موسى أنها لاترثه لأن الفرقة جاءت من قبلها فلا يكون لها شيء من الصداق وحينئذ يؤيد هذا أن الخلع يسقط حقوق الزوجية كلها فى إحدى الروايتين عن أحمد ونصف المهر من الحقوق فيسقط على هذه الرواية

القسم الخامس : ما كان من جهة الزوجة مع أجنبى وله صور (منها) شراؤها للزوج وفيه وجهان

اشهرهما وهو اختيار أبي بكر والقاضي وأصحابه أنه يتنصف بها المهر تغليباً لجهة الأجنبي هنا وهو البائع إذ هو أصل العقد ومنه نشأ وعنه تلقى والثاني يسقط المهر تغليباً لجهة الزوجة إذ الانفساخ متعقب لقبولها فاما شراء الزوج لزوجته فهل يتنصف به المهر أو يسقط. على وجهين أيضاً واختار أبو بكر أنه يسقط تغليباً لجهة البائع هنا أيضاً وهو سيد الأمة المستحق لمهرها فهو كمجيء الفسخ من الحرة المستحقة للمهر وهذا متجه على ما اختاره فى فسخ المعتقة تحت عبد فعلى هذا لو باعها السيد الذى زوجها الأجنبي ثم باعها الأجنبي للزوج قبل الدخول لم يسقط لأن الفرقة جاءت من البائع الثانى وهو غير مستحق للمهر هذا كلام صاحب المحرر وعلل صاحب الكافى سقوط المهر بأن الزوجة شاركته فى الفسخ فسقط مهرها كالفسخ بعيب ومعنى هذا أن كونها أمة صفة لها ثابتة بعد ملك الزوج وذلك يوجب الفسخ فاسند اليه وان لم يكن باختيارها كما استند فسخها لعيب الزوج اليه وان لم يكن باختياره وعلى هذا فلا فرق بين شرائها من مستحق مهرها وغيره وهو مقتضى اطلاق الأكثرين (ومنها) اذا مكنت الزوجة من نفسها من ينفسخ النكاح بوطئه كأب الزوج أو ابنه فقال القاضى ومن اتبعه يسقط مهرها اسناداً للفسخ اليها وقال الشيخ تقى الدين يتخرج على وجهين لأن الفرقة منها ومن الأجنبي

وبقى هنا قسم سادس: وهى الفرقة الاجبارية ولها صور (منها) أن يسلم الكافر وتحته عدد لا يجوز له جمعه فى الاسلام فينفسخ نكاح العدد الزائد فلا يجب لهن شيء من المهر ذكره القاضى فى الجامع والخلاف معللا بأنه ممنوع من امساكهن فهو كالنكاح الفاسد وجزم به صاحب المغنى والمحرر ويتخرج لنا وجه آخر أنه يجب تنصف المهر من المسألة التى بعدها. وأما الطلاق فى النكاح الفاسد فذكر ابن عقيل وجها أن المهر يتنصف به قبل الدخول وعلى المشهور فانما يسقط لأن المهر يجب فى النكاح الفاسد بالاصابة لا بالعقد بخلاف الصحيح (ومنها) إذا تزوج اختين فى عقدين وأشكل السابق وأمرناه بالطلاق فطلقها فقال أبو بكر يتوجه فى المهر قولان. أحدهما يجب نصف المهر ثم يقترعان فمن وقعت عليها القرعة حكم لها به لأنه واجب على لاحداهما فى نفس الأمر فتعين بالقرعة. والثانى لا يجب شيء به لأنه مكره على الطلاق فكأن الفسخ جاء من جهة المرأة فلا تستحق شيئاً والمنقول عن أحمد فى هذه المسألة ما نقله عنه مهنا أنه قال يفرق بينهما وقد قيل يكون [نصف] المهر لهما جميعاً وما أخلقه أن يكون كذلك ولكن لم أسمع فيه شيئاً وهذا يدل على أنهما يقتسمان نصف المهر لا يقترعان عليه. ولو زوج الوليان امرأة من زوجين وجهل السابق منهما وأمرناهما بالطلاق فهل يجب لها نصف المهر على أحدهما ويعين بالقرعة أم لا يجب لها شيء على وجهين وحكى عن أبي بكر أنه اختار أنه لا شيء لها وبه أفتى أبو يعلى النجاد، قال الشيخ تقى الدين ويتخرج على هذا الخلاف

ما اذا ورثت المرأة زوجها فان الفرقة ههنا بفعل الله عز وجل فهو كاشتباه الزوج ·

﴿ القاعدة السابعة والخمسون بعد المائة ﴾

اذا تغيرحال المرأة [المعتدة] بانتقالهامن رق الى حرية أوطرأ عليها سبب موجب لعدةأخرى من الزوج كوفاته فهل يلزمها الانتقال الى عدة الوفاة أو الى عدة حرة . ان كان زوجها متمكنا من تلافى نكاحهافى العدة لزمها الانتقال والا فلا الا ما يستثنى من ذلك من الا بانة فى المريض . ويتخرج على هذا مسائل :

(منها) الرجعية اذاعتقت أو توفى زوجها انتقلت الى عدة حرة أو عدة وفاة (ومنها) اذا كانت تحت عبد مشرك اماء فاسلمن واعتقن فان عدتهن عدة حرائر لأنه عتق فى عدة يتمكن الزوج فيها من الاستدراك بالاسلام فهى فى معنى عدة الرجعية بخلاف ماذا أسلم العبد ثم عتق الاماء وهن على على الشرك فان عدتهن عدة اماء لأن الزوج لا يمكنه تلافى نكاحهن (ومنها) المرتد اذا قتل فى عدة امرأته فانها تستأنف عدة الوفاة نص عليه فى رواية ابن منصور لأنه كان يمكنه تلافى النكاح بالاسلام بناء على أن الفسخ يقف على انقضاء العدة (ومنها) لو أسلمت المرأة وهى تحت كافر ثم مات قبل انقضاء العدة فانها تنتقل الى عدة الوفاة فى قياس التى قبلها ذكره الشيخ تقى الدين

﴿ القاعدة الثامنة والخمسون بعد المائة ﴾

اذا تعارض معنا أصلان عمل بالارجح منهما لاعتضاده بما يرجحه ، فان تساويا خرج فى المسالة وجهان غالبا (ومن صور ذلك) ماذا وقع فى الماء نجاسة وشك فى بلوغه القلتين فهل يحكم بنجاسته أو طهارته على وجهين . احدهما يحكم بنجاسته وهو المرجح عندصاحب المغنى والمحرر لأن الأصل عدم بلوغه قلتين . والثانى هو طاهر وهو أظهر لأن الاصل فى الماء الطهارة وأما أن أصله القلة فقد لا يكون كذلك كما اذا كان كثيراً ثم نقص وشك فى قدر الباقى منه ويعضد هذا أن الأصل وجوب الطهارة بالماء فلا يعدل الى التيمم الا بعد تيقن عدمه ، وأيضاً فللأصحاب خلاف فى الماء الذى وقعت فيه النجاسة هل الأصل فيه أن ينجس الا أن يبلغ حد الكثرة فلا ينجس [لمشقة حفظ الكثير من النجاسة أم الأصل فيه الطهارة الا أن يكون يسيرا فينجس] لان اليسير لا يكاد يحمل النجاسة عليه غالباً فعلى الأول يجب الحكم بنجاسة هذا الماء وعلى الثانى يحكم بطهارته وعلى هذين المأخذين يتخرج الخلاف فى اثبات نصف القربة الذى روى

الشك فيه فى ضبط القلتين واسقاطه . ويبنى على ذلك أن القلتين هل هما خمس قرب أو أربع والله أعلم (ومنها) ما اذا وقع فى الماء اليسير روثة وشك هل هى من مأكول أو غيره ، أو مات فيه حيوان وشك هل هو ذو نفس سائلة أم لا ؟ فيه وجهان أحدهما أنه نجس لأن الأصل فى الارواث والميتات النجاسة وحيث قضى بطهارة شىء منها فرخصة على خلاف الأصل ولم يتحقق وجود المرخص هاهنا فيبقى على الاصل . والثانى أنه طاهر وهو المرجح عند الاكثرين لان الاصل فى الماء الطهارة فلا يزال عنها بالشك وقد منع بعضهم أن الاصل فى الارواث النجاسة ونص أحمد فى رواية محمد بن ابى حرب فى رجل وطىء على روث لايدرى لحمار أو برذون فرخص فيه اذا لم يعرفه (ومنها) اذا قعد الذباب على نجاسة رطبة ثم سقط بالقرب على ثوب وشك فى جفاف النجاسة ففيه وجهان أحدهما أنه نجس لأن الاصل بقاء الرطوبة نقلها أبو بكر عن أحمد . والثانى لا ينجس لأن الأصل طهارة الثوب (ومنها) اذا ادرك الامام فى الركوع فكبر وركع معه وشك هل رفع إمامه قبل ركوعه أو بعده فالمذهب أنه لايعتد له بتلك الركعة لان الاصل عدم الادراك وهو منقول عن ابن عمر رضى الله عنهما وقال صاحب التلخيص يحتمل وجهين .أحدهما أنه يعتد له بها لأن الأصل بقاء الأمام فى الركوع (ومنها) اذا شك هل ترك واجباً فى الصلاة فهل يلزمه السجود على وجهين أحدهما يلزمه لان الاصل عدم الاتيان به . والثانى لأن الأصل عدم لزوم السجود (ومنها) اذا كان ماله غائباً فان كان منقطعاً خبره لم يجب إخراج الزكاة وان لم يكن خبره منقطعاً كالمودع ونحوه ففى وجوب اخراج زكاته قبل قبضه وجهان والمنصوص عن أحمد فى رواية مهنا أنه لايجب وعلل بأنه لايدرى لعل المال ذهب . ويبنى بعض الاصحاب هذا على الخلاف فى محل الزكاة فان قلنا فى العين لم يجب الاخراج حتى يقبضها ويتمكن من الاخراج منها وان قلنا فى الذمة وجب الاخراج من غيرها . ويتوجه عندى أن يتخرج فى وجوب الزكاة فى المال المنقطع خبره وجهان بناء على محل التعليق فان قلنا هو العين وجب لان الاصل بقاؤها لكن لايلزم اخراج الزكاة حتى يقبض كالدين وإن قلنا هو الذمة لم يجب لان الاصل براءة الذمة وقد شك فى اشتغالها وأما ان قلنا لاتجب الزكاة فى المال الضال والمغصوب فهذا مثله (ومنها) العبد الآبق المنقطع خبره هل تجب فطرته أم لا . المنصوص عن احمد فى رواية صالح أنه لاتجب لان الأصل براءة الذمة والفطرة فى الذمة ويتخرج لنا وجه آخر انه يجب بناء على جواز عتقه لان الاصل بقاؤه (ومنها) جواز عتقه فى الكفارة والمشهور عدمه . وذكر ابو الخطاب احتمالا بالاجزاء لان الأصل بقاؤه

وذكر ابن ابى موسى فى شرح الخرقى وجهين عن الأصحاب وصحح عدم الاجزاء لأن الأصل بقاء الكفارة فى الذمة وقد عضده الظاهر الدال على هلاك العبد من انقطاع خبره فرجح هذا الاصل باعتضاده بهذا الظاهر، وأيضاً فالكفارة ثابتة فى الذمة وقد شك فى وقوع العتق عنها فلا يسقط بمجرد ذلك (ومنها) اذا ظهر بالمبيع عيب واختلفا هل حدث عند المشترى أو عند البائع ففيه روايتان أحداهما القول قول البايع لأن الأصل سلامة المبيع ولزوم البيع بالتفرق . والثانية القول قول المشترى لأن الاصل عدم القبض المبرىء وأطلق أكثر الاصحاب هذا الخلاف وفرق بعضهم بين ان يكون المبيع عيناً معينة او فى الذمة فان كان فى الذمة فالقول قول القابض وجها واحداً لأن الأصل اشتغال ذمة البائع فلم تثبت براءتها (ومنها) من لزمه ضمان قيمة عين فوصفها بعيب ينقص القيمة وأنكر المستحق فهل يقبل قوله فى دعوى العيب لأنه غارم والأصل ابراء ذمته أو قول خصمه فى انكار العيب لأن الأصل عدمه على وجهين (ومنها) اذا آجره عبداً وسلمه اليه ثم ادعى المستأجر ان العبد ابق من يده وانكر المؤجر ففيه روايتان، احداهما القول قول المؤجر نقلها حنبل لأن الأصل عدم الاباق وأن المؤجر ملك الاجرة كلها بالعقد . والثانية القول قول المستأجر نقلها ابن منصور لان الاصل عدم تسليم المنفعة المعقود عليها ولو ادعى ان العبد مرض فالقول قول المؤجر نص عليه فى رواية ابن منصور مفرقا بينه وبين الاباق لان المرض يمكن اقامة البينة عليه بخلاف الاباق (ومنها) اذا ضرب للعنين الأجل واختلفا فى الاصابة والمرأة ثيب فهل القول قول الزوجة لأن الاصل عدم الوطء أو قول الزوج لأن الاصل عدم ثبوت الفسخ على روايتين . وعنه رواية ثالثة انه يخلى معها ويؤمر باخراج مائه وهذا يرجع الى ترجيح الظاهر على الاصل (ومنها) اذا شك الزوجان بعد الدخول فقال الزوج اسلمت فى عدتك فالنكاح باق فقالت بل اسلمت بعد انقضاء عدتى فوجهان . احدهما ان القول قوله لأن الاصل بقاء النكاح . والثانى ان القول قولها لأن الاصل عدم اسلامه فى العدة (ومنها) اذا قال اسلمت قبلك فلا نفقة لك وقالت بل أسلمت قبلك فلى النفقة ففيه أيضا وجهان احدهما القول قولها لان الاصل وجوب النفقة والثانى والقول قوله لان النفقة انها تجب بالتمكين من الاستمتاع والاصل عدم وجوده كذا ذكر صاحب الكافى ، وعلل القاضى ان النفقة تجب يوما فيوماً فالاصل عدم وجوبها وينتقض التعليلان بالاختلاف فى النشوز (ومنها) اذا علق الطلاق على عدم شىء وشك فى وجوده فهل يقع الطلاق على وجهين احدهما لايقع وهو المذهب عند صاحب المحرر لان الاصل بقاء النكاح وعدم وقوع الطلاق . والثانى يقع ونقل منها عن احمد مايدل عليه فيمن حلف ليأكلن تمرة فاختلطت فى تمر كثير ان لم يأكله كله حنث وبذلك جزم ابن أبى

موسى والشيرازى والسامرى ورجحه ابن عقيل فى فنونه لان الاصل وجود شرط الطلاق وهو العدم [وهذا بخـــلاف ما اذا استمر الشك ولم يوجد ما يدل على بقاء العدم ولا على انتفائه فان وجد ما يدل على بقائه يقينا وقع الطلاق بغير خلاف وإن وجد ما يدل على بقائه ظاهرا وكان حجة شرعية يجب قبولها فكذلك وان كان امارة محضة وقع أيضا على المشهور ، وان وجد ما يدل على انتفاء العدم يقينا لم يقع الطلاق بغير خلاف وان وجدما يدل على انتفائه ظاهرا فوجهان على قولنا بوقوع الطلاق مع استمرار الشك المساوى]المطلق عليه (ومنها) لو قتل من لا يعرف ثم ادعى رقه او كفره وانكر الولى ذلك فهل يقبل قوله لان الاصل عصمة دمه او قول الولى لان الاصل فى القتل ايجاب القصاص إلا أن يمنع مانع ولم يتحقق وجود المانع على وجهين اشهرهما الثانى وحكى الاول عن ابى بكر وكذا الخلاف فيما اذا جنى على عضو ثم ادعى شلله فانكر المجنى عليه لكن المحكى هاهنا عن ابى بكر ان القول قول المنكر وكذلك الوجهان فيما اذا قد ملفوفا نصفين ثم ادعى انه كان ميتاً فانكر الولى لان الاصل عصمة الدم والاصل حياة المقدود وكذا الوجهان لو جنى على بطن حامل فالقت ولداً لوقت يعيش المولود فى مثله واختلفا فى حياته عند الوضع لتعارض اصل الحياة وبراءة الذمة وكذا الوجهان لو زاد فى القصاص من الجرح وقال انما حصلت الزيادة باضطراب المقتص منه وأنكر ذلك لأن الأصل عدم الاضطراب ووجوب الضمان والأصل براءة ذمته وما يدعيه محتمل (ومنها) لوشهدت بينة بالنكاح وقد ثبت الطلاق فهل يجب به جميع المهر أو نصفه فقط على وجهين أحدهما يجب المهر كله لأنه وجب بالعقد ولم يثبت له مسقط ولا لبعضه وهو مقتضى كلام ابى الخطاب وصاحب المحرر . والثانى يجب نصف المهر فقط لأن النصف الآخر لا يستقر إلا بالدخول ولم يتحقق والأصل عدمه وهو قول القاضى وقال صاحب المغنى ان أنكر الزوج الدخول فالقول قوله فى نصف المهر والا فالقول قولها فى وجوبه كله (ومنها) اذا رمى صيدا فجرحه ثم غاب عنه ووجده ميتا ولا أثر به غير سهمه أو جرحه جرحا موحياً ثم سقط فى ماء ونحوه فهل يباح على روايتين لأن الاصل عدم مشاركة سبب آخر فى قتله والأصل تحريم الحيوان حتى يتيقن سبب اباحته لكن الأصل الاول معتضد بأن الظاهر موته بهذا السبب دون غيره (ومنها) اذا جاء بعض العسكر بمشرك فادعى المشرك أن المسلم أمنه وأنكر ففيه روايتان احداهما القول قول المسلم فى انكار الامان لأن الاصل عدم الامان . والثانية القول قول المشرك لأن الاصل فى الدماء الحظر الا بيقين الاباحة وقد وقع الشك هنا فيها وفيه رواية ثالثة أن القول قول من يدل الحال على صدقه منهما ترجيحا لاحد الأصلين بالظاهر الموافق له وقريب من هذه

المسالة اذا دخل حربى دار الاسلام وادعى أن بعض المسلمين عقدله أمانا فهل يقبل قوله على وجهين ذكرهما صاحب المغنى ونص احمد أنه اذا ادعى أنه جاء مستأمنا فان كان معه سلاح لم يقبل منه والا قبل فيخرج ها هنا مثله .

﴿القاعدة التاسعة والخمسون بعد المـــائة﴾

اذا تعارض الاصل والظاهر فان كان الظاهر حجة يجب قبولها شرعا كالشهادة والرواية والاخبار فهو مقدم على الاصل بغير خلاف وان لم يكن كذلك بل كان مستنده العرف أو العادة الغالبة أو القرائن أو غلبة الظن ونحو ذلك فتارة يعمل بالاصل ولا يلتفت الى الظاهر وتارة يعمل بالظاهر ولا يلتفت الى الأصل وتارة يخرج فى المسألة خلاف ، فهذه أربعة أقسام .

القسم الأول : ماترك العمل فيه بالاصـل للحجة الشرعية وهى قول من يجب العمل بقوله وله صور كثيرة جدا :

(منها) شهادة عدلين بشغل ذمة المدعى عليه (ومنها) شهادة عدلين ببراءة ذمة من علم اشتغال ذمته بدين ونحوه (ومنها) اخبار الثقة العدل بان كلبا ولغ فى هذا الاناء (ومنها) اخباره بدخول وقت الصلاة (ومنها) شهادة الواحد العدل برؤية هلال رمضان فانه مقبول على ظاهر المذهب ، وفيه رواية أخرى لا بد من شـهادة عدلين كسائر الشهود وفرق ابو بكر بين أن يراه فى المصر فلا يقبل وبين أن يراه خارج المصر فيقدم المصر فيقبل خبره (ومنها) اخبار الثقة بطلوع الفجر فى رمضان فانه يحرم الطعام والشراب والجماع (ومنها) إخباره بغروب الشمس فى رمضان فانه يبيح الفطر صرح به الاصحاب ولم يجعلوه كالشـهادة على هلال شوال والفرق بينهما من وجهين . احدهما أن وقت الفطر ملازم لوقت صلاة المغرب فاذا ثبت دخول وقت الصـلاة باخبار الثقة ثبت دخول وقت الافطار تبعا له وقد يثبت تبعا مالا يثبت استقلالا بخلاف الشهادة بهلال شوال والثانى أن اخبار الثقة هنا يقارنه امارات تشهد بصـدقه لأن وقت الغروب يتميز بنفسـه وعليه امارات تورث غلبة الظن فاذا انضم اليهـا اخبار الثقة قوى الظن وربما افاد العـلم بخلاف هلال الفطر فانه لا أمارة عليه وفى صحيح ابن حبان من حديث سهل بن سعد قال كان النبى صلى الله عليه وسلم اذا كان صائما أمر رجلا فأوفى على شىء فاذا قال قد غابت الشمس افطر ، وصح عن ابن عباس أنه كان يضع طعامه عند الفطر فى رمضان ويبعث مرتقبا يرقب الشمس فاذا قال قد وجبت قال كلوا (ومن ذلك) قبوله قول الامناء ونحوهم

ممن يقبل قوله فى تلف مال أو ثمن عليه من مال أو غيره (ومنها ايضا) قبول قوله المعتدة فى انقضاء عدتها بالاقراء ولو فى شهر فى أحد الوجهين والمنصوص أنه لا يقبل الا بالبينة فى الشهر ، وفرق صاحب الترغيب بين من لها عادة منتظمة فلا يقبل مخالفتها الا ببينة بخلاف من لاعادة لها وفى الفنون لابن عقيل لا يقبل مع فساد النساء الا ببينة تشهد أن هذه عادتها أو أنها رأت الحيض على هذا المقدار وتكرر ثلاثا

القسم الثانى ما عمل بالأصل ولم يلتفت الى القرائن الظاهرة ونحوها ، وله صور كثيرة ، (منها) اذا ادعت الزوجة بعد طول مقامها مع الزوج انه لم توصلها النفقة الواجبة ولا الكسوة فقال الأصحاب القول قولها مع يمينها لأن الاصل معها مع أن العادة تبعد ذلك جداً واختار الشيخ تقى الدين الرجوع الى العادة وخرجه وجهاً من المسائل المختلف فيها كما سيأتى ذكرها ان شاء الله تعالى قال واذا وجد معها نظير الصداق أو الكسوة ولم يعلم لها سبب يملك ذلك به من غير الزوج فينبغى أن يخرج على وجهين كما اذا اصدقها تعليم سورة ثم وجدت متعلمة لها بعد مدة وقالت لم يعلمنى الزوج وادعى هو أنه علمها فان فى المسئلة وجهين (ومنها) اذا تيقن الطهارة أو النجاسة فى ماء أو ثوب أو أرض أو بدن وشك فى زوالها فانه يبنى على الاصل الى أن يتيقن زواله ولا يكتفى فى ذلك بغلبة الظن ولا غيره وكذلك لو تيقن حدثاً أو نجاسة وغلب على ظنه زوالها فانه يبنى على الاصل وكذلك فى النكاح والطلاق وغيرهما (ومنها) اذا شك فى طلوع الفجر فى رمضان فانه يباح له الاكل حتى يتيقن طلوعه نص عليه احمد ولا عبرة فى ذلك بغلبة الظن بالقرائن ونحوها مالم يكن مستندا الى اخبار ثقة بالطلوع (ومنها) اذا زنى من له زوجة وولد فانكر أن يكون وطيء زوجته قال اصحابنا لا يرجم لان الأصل عدم الوطء ولحوق النسب يثبت بمجرد الامكان ووجود القرائن .

القسم الثالث : ماعمل فيه بالظاهر ولم يلتفت الى الاصل وله صور (منها) اذا شك بعد الفراغ من الصلاة أو غيرها من العبادات فى ترك ركن منها فانه لا يلتفت الى الشك وان كان الاصل عدم الاتيان به وعدم براءة الذمة لكن الظاهر من افعال المكلفين للعبادات أن تقع على وجه الكمال فيرجح هذا الظاهر على الأصل ولا فرق فى ذلك بين الوضوء وغيره على المنصوص عن احمد وفى الوضوء وجه أن الشك فى ترك بعضه بعد الفراغ كالشك فى ذلك قبل الفراغ لأن حكمه باق بعد الفراغ منه بخلاف الصلاة وغيرها (ومنها) لو صلى ثم رأى عليه نجاسة وشك هل لحقته قبل الصلاة أو بعدها وأمكن الأمران فالصلاة صحيحة وان كان الاصل عدم انعقاد الصلاة

وبقاؤها فى الذمة حتى يتيقن صحتها لكن حكم بالصحة لأن الظاهر صحة اعمال المكلف وجريانها على الكمال وعضد ذلك أن الاصل عـــدم مقارنة الصلاة للنجاسة وترجع المسألة حينئذ الى تعارض أصلين رجح أحدهما بظاهر عضده (ومنها) اذا اختلف الجنسان بعد العقد فى بعض شرائط صحة العقد كما اذا أدعى البائع أنه كان صبيا أو غير مأذون له أو غير ذلك وأنكر المشترى فالقول قول المشترى على المذهب ونص عليه احمد فى صورة دعوى الصغير فى رواية ابن منصور لأن الظاهر وقوع العقود على وجه الصحة دون الفساد وان كان الأصل عدم البلوغ والاذن . وذكر الاصحاب وجها آخر فى دعوى الصغير أنه يقبل لأنه لم يثبت تكليفه والأصل عدمه بخلاف دعوى عدم الاذن من مكلف فان المكلف لايتعاطى فى الظاهر الا الصحيح . قال الشيخ تقى الدين وهكذا يجىء فى الاقرار وسائر التصرفات اذا اختلفا هل وقعت بعد البلوغ أو قبله لأن الأصل فى العقود الصحة فاما أن يقال هـــذا عام واما أن يفرق بين أن يتيقن أنه وقت التصرف كان مشكوكا فيه غير محكوم ببلوغه أو لايتيقن فاما مع تيقن الشك قد تيقنا صدور التصرف ممن لم تثبت أهليته والأصل عدمها فقد شككنا فى شرط الصحة وذلك مانع من الصحة وأما فى الحالة الأخرى فانه يجوز صدوره فى حال الأهلية وحال عدمها والظاهر صدوره وقت الاهلية والأصل عدمه قبل وقتها فالأهلية هنا متيقن وجودها ثم ذكر أن من لم يقر بالبلوغ حتى تعلق به حق مثل اسلامه باسلام أبيه أو ثبوت الذمة له تبعا لأبيه أو بعد تصرف الولى له أو تزويج ولى أبعد منه لمواليته فهل يقبل منه دعوى البلوغ حينئذ أم لا لثبوت هـذه الاحـكام المتعلقة به فى الظاهر قبل دعواه واشار الى تخريج المسألة على الوجهين فيما اذا ارتجع الرجعية زوجها فقالت قد انقضت عدتى وشبهه أيضا بما اذا ادعى المجهول المحكوم باسلامه ظاهرا كاللقيط المقر بعد البلوغ فانه لا تسمع منه على الصحيح وكذا لو تصرف المحكوم بحريته ظاهرا كاللقيط ثم ادعى الرق ففى قبوله خلاف معروف (ومنها) اذا غلب على ظنه دخول وقت الصلاة فانه تصح صلاته ولا يشترط ان يتيقن دخوله فى ظاهر المذهب وحكى عن ابن حامد أن يعتبر التيقن (ومنها) الفطر فى الصيام يجوز بغلبة ظن غروب الشمس فى ظاهر المذهب . ومن الاصحاب من قال لا يجوز الفطر الا مع تيقن الغروب وبه جزم صاحب التلخيص والأول أصح لأن الوقت عليه امارات تعرف بها فاكتفى فيها بالظن الغالب بخلاف ما لا امارة عليه من اتمام الصلاة والطهارة والحدث ونحوها وأيضا فالصلاة والطهارة ونحوهما كل منهما عبادة فعلية مطلوبة الوجود فاذا شك فى فعل شىء منها فالأصل عدمه فلا يخرج من عهدته الا بيقين والصوم عبادة وكف عن محظورات خاصة

فمتى لم يتيقن وقوع محظوراتها فى وقتها لم يحكم ببطلانها وانما منع من الخروج منها بمجرد الشك المساوى لأن الأصل بقاء الصوم ولم يترجح ظن يعارضه فاذا ترجح الظن عمل به ولم يحكم ببطلانه بوقوع محظوراته حينئذ لا سيما وفعل محظوراته مع ترجيح ظن انقضائه مطلوب شرعا على الأظهر ولهذا جاز الاكل أو استحب مع ظن طلوع الفجر حتى يتيقن طلوعه كما سبق والفرق بينه وبين وقت الصلاة من وجهين . أحدهما أن الصلاة يجوز فعلها مع غلبة ظن دخول وقتها ولا يجب وكذلك الصيام يجوز الأمساك بنية الصوم مع غلبة ظن طلوع الفجر ولا يجب فهما سواء . والثانى أن الصلاة عبادة فعلية لا تستغرق مجموع وقتها بل تفعل فى جزء منه فاذا فعلت فى زمن يغلب على الظن أنه من وقتها كفى والصوم عبادة تستغرق زمنها وهى من باب الكف والترك لا من باب الاعمال فيكفى اشتراط الكف عن محظوراتها فى زمانها المحقق دون المشكوك فيه ولا يبطل بفعل شىء من محظوراتها فى زمن لا يتحقق أنه وقت الصيام الا أن يكون الأصل بقاء وقت الصيام ولم يغلب على الظن خروجه فلا يباح حينئذ الاقدام على الافطار ولا تبرأ الزمة بمجرد ذلك وهذا كما قلنا فيمن صلى ثم رأى عليه نجاسة يمكن أنها لحقته بعد الصلاة سواء (ومنها) أن المستحاضة المعتادة ترجع الى عادتها وان لم تكن لها عادة فالى تمييزها وان لم يكن لها عادة وتمييز رجعت الى غالب عادات النساء وهى ست أو سبع على الصحيح لأن الظاهر مساواتها لهن وان كان الأصل عدم فراغ حيضها حينئذ (ومنها) امرأة المفقود تتزوج بعد انتظار اربع سنين ويقسم ماله حينئذ لان الظاهر موته وان كان الاصل بقاؤه لكن هل يثبت له أحكام المعدوم من حين فقده اولا يثبت الامن حين اباحة ازواجه وقسمة ماله على وجهين ينبنى عليهما لو مات له فى مدة انتظاره من يرثه فهل يحكم بتوريثه منه أم لا . ونص احمد على انه يزكى ماله بعد مدة انتظاره معللا بانه مات وعليه زكاة وهذا يدل على أنه لا يحكم له باحكام الموتى الا بعد المدة وهو الاظهر ويلتحق بهذا أن امرأة المفقود بعد مدة انتظاره تعتد للوفاة ثم تباح للازواج فهل تجب لها النفقة من ماله فى مدة العدد كما فى مدة الانتظار أم لا على وجهين . أحدهما لا يجب وهو الذى ذكره ابن الزاغونى فى الاقناع وقال ابو البركات فى الشرح هو قياس المذهب عندى لأنه حكم بوفاته بعد مدة الانتظار فصارت معتدة للوفاة . والثانى يجب لها النفقة قاله القاضى لأن النفقة لا تسقط الا بيقين الموت ولم توجدها هنا وكذا ذكر صاحب المغنى وزاد أن نفقتها لا تسقط بعد العدة أيضا لانها باقية على نكاحه مالم تتزوج أو يفرق الحاكم بينهما (ومنها) أن النوم المثقل ينقض الوضوء لانه مظنة خروج الحدث وان كان الاصل عدم خروجه وبقاء الطهارة . وحكى ابن أبى موسى فى شرح الخرقى وجها آخر أن النوم

نفسه حدث لكن يعفى عن يسيره كالدم ونحوه (ومنها) اذا زنا من نشأ فى دار الاسلام بين المسلمين وادعى الجهل بتحريم الزنا لم يقبل قوله لأن الظاهر يكذبه وان كان الاصل عدم علمه بذلك (ومثله) اذا ادعت المعتقة تحت عبد الجهل بالعتق أو بثبوت الخيار ومثلها لا يجهل ذلك فانه لا يقبل قولها (ومنها) اذا زوج المولى امرأة يعتبر اذنها لصحة العقد، ثم أنكرت الاذن فان كان بعد الدخول لم يقبل قولها لأن تمكينها يكذبها. وان كان قبله فان كان اذنها السكوت وادعت أن سكوتها كان حياء لا رضا لم يقبل قولها نص عليه أحمد فى رواية الأثرم، لأن السكوت فى حكم الشارع اقرار به ورضا فلا يسمع دعوى خلافه. وان ادعت أنها ردت أو كان اذنها النطق فانكرته فقال القاضى القول قولها لأن الاصل معها ولم يوجد ظاهر يخالفه (ومنها) لو ادعت امرأة على رجل أنه تزوجها فى يوم معين بمهر مسمى وشهد به شاهدان ثم ادعت عليه أنه تزوجها فى يوم آخر معين بمهر مسمى وشهد به شاهدان ثم اختلفا. فقالت المرأة هما نكاحان ولى المهران وقال الزوج بل نكاح واحد تكرر عقده فالقول قول الزوجة لأن الظاهر معها، وكذا لو شهدت بينة أنه باعه هذا الثوب فى يوم كذا بثمن وشهدت بينة أخرى أنه باعه منه فى يوم آخر بثمن. فقال المشترى هو عقد واحد كررناه وقال البائع بل هو عقدان فالقول قول البائع لأن الظاهر معه ذكره أبو بكر والقاضى والاصحاب. وقال الشيخ تقى الدين ينبغى أن يكون القول قوله لأن الاصل عدم الفرقة بينهما والاصل براءته من المهر الثانى.

القسم الرابع: ما خرج فيه خلاف فى ترجيح الظاهر على الأصل وبالعكس ويكون ذلك غالبا عند تقاوم الظاهر والاصل تساويهما، وله صور كثيرة:

(منها) اذا سخن الماء بنجاسة وغلب على الظن وصول الدخان اليه ففى كراهته وجهان. أشهرهما أنه يكره (ومنها) لو ادخل الكلب رأسه فى إناء فيه ماء وشك هل ولغ فيه أم لا وكان فمه رطباً فهل يحكم بنجاسة الماء لأن الظاهر ولوغه أم بطهارته لأنها الاصل على وجهين ذكرهما الازجى (ومنها) اذا وقع فى ماء يسير مالا نفس له سائلة وشك هل هو متولد من النجاسة أم لا، وكان هناك بئر وحش فان كان الى البئر أقرب أو هو بينهما بالسوية فهو طاهر، وان كان الى الحش أقرب فوجهان. أحدهما أنه نجس والآخر أنه طاهر مالم يعاين خروجه من الحش نقل ذلك صاحب المبهم عن شيخه ابن تميم (ومنها) طين الشوارع وفيه روايتان. احداهما انه طاهر ونص احمد عليه فى مواضع وجعله أبو البركات فى شرحه المذهب ترجيحاً للأصل وهو الطهارة فى الاعيان كلها. والثانية أنه نجس ترجيحا للظاهر وجعله صاحب التلخيص المذهب حتى حكى عن ظاهر كلام الأصحاب أنه لا

يعفى عن يسيره وابدى احتمالا بالعفو عنه لمشقة الاحتراز وحكى عن ابن عقيل العفو عن يسيره إلا ما تحقق نجاسته من الارض فلا يعفى عنه ، وذكر صاحب المبهم عن ابن تميم أنه قال اذا كان الشتاء ولم يتعين موضع النجاسة ففى نجاسة الارض روايتان فاذا جاء الصيف حكم بطهارتها رواية واحدة وللمسألة أصول تنبنى عليها . أحدها ما ذكرنا من تعارض الاصل والظاهر . والثانى طهارة الارض وغسالتها بماء المطر وغيره اذا لم يبق للنجاسة أثر سواء كانت النجاسة التى على الارض أثراً أو عينا على الصحيح من المذهب والثانى بالاستحالة وفى المذهب خلاف يبنى عليه طهارة الطين اذا بقيت(١) فيه عين النجاسة ثم استهلكت فيه حتى ذهب اثرها . والثالث طهارة الارض بالجفاف والشمس والريح وقد توقف فيه احمد وذهب كثير من الاصحاب الى عدم طهارتها بذلك وخالفهم صاحب المحرر فى شرح الهداية . ويبنى على ذلك طهارة الارض مع مشاهدة النجاسات فيها وان لم يصبها الماء والله أعلم (ومنها) المقبرة المشكوك فى نبشها اذا تقادم عهدها هل يحكم بنجاستها لأن الظاهر نبشها أو بطهارتها لأن الاصل عدمه على وجهين (ومنها) ثياب الكفار وأوانيهم وفيها ثلاث روايات عن احمد. احداها الاباحة ترجيحا للأصل وهو الطهارة . والثانية الكراهية لخشية اصابة النجاسة لها اذهو الظاهر . والثالثة ان قوى الظاهر جدا لم يجز استعمالها بدون غسل ويتفرع على هذه الرواية روايتان . احداهما أنه يمنع من استعمال ماولى عوراتهم من الثياب قبل غسله دون ما علا منها . والثانية يمنع من استعمال الاوانى والثياب مطلقا ممن يحكم باذ ذبيحته ميتة كالمشركين والمجوس دون غيرهم وقال الخرقى فى شرحه وابن ابى موسى لايجوز استعمال قدور النصارى لاستحلالهم الخنزير وزاد الخرقى ولااوانى طبيخهم دون اوعية الماء ونحوها مما يبعد اصابته بالنجاسة وزاد ابن ابى موسى المنع من استعمال ثياب من لا تحل ذبيحته كالمجوس مطلقا وما سفل من ثياب أهل الكتاب ولصق بابدانهم حتى تغسل (ومنها) ثياب الصبيان ومن لا يتحرز من النجاسة وفيه ثلاثة اوجه الكراهة وعدمها والمنع حتى تغسل وهو اختيار ابن ابى موسى (ومنها) اذا شك المصلى فى عدد الركعات وفيه ثلاث روايات عن أحمد رحمه الله رضى عنه . احداها انه يبنى على الاقل وهو المتيقن لان الاصل عدم الزيادة المشكوك فيها . والثانية يبنى على غالب ظنه للحديث الوارد فى ذلك . والثالثة إن قوى الظن باقرار غيره له عليه بنى على غالب ظنه وهو الامام اذا اقره المامومون وان كان منفرد

(١) فى النابلسية : اذا تغيبت

بنى على اليقين وهى المشهورة فى المذهب . فاما ان سبح له اثنان من المامومين فانه يرجع اليهما مالم يتيقن صواب نفسه على الروايات كلها . وقال ابن عقيل انما يرجع اليهما اذا قلنا يبنى على غالب ظنه لأن تنبيههما انما يفيد غلبة الظن والأول أصح لأن الرجوع الى قولهما رجوع الى بينة شرعية فيترك الأصل لأجلها كسائر البينات الشرعية بخلاف غلبة الظن المجردة اذا جوزنا له العمل بالظن الغالب فانه يجوز له ترك العمل باليقين صرح به القاضى فى كتاب أحكام القرآن وغيره . ولو شهد اثنان من المأمومين على الامام انه أحدث فى صلاته وأنكرهو وبقية المأمومين أعادوا الصلاة كلهم نص عليه فى رواية مهنا واحتج بخبر ذى اليدين (ومنها) اذا شك فى عدد الطواف وفيه روايتان إحداهما يرجع الى الأصل وهو المتيقن . والثانى يرجع الى غالب ظنه كالصلاة فان أخبره اثنان بما طاف فهل يرجع الى قولهما على وجهين والمنصوص انه يرجع اليهما وكذا الوجهان لو أخبر المصلى من ليس معه فى الصلاة هل يرجع اليهما أم لا . وفى المغنى يرجع الطائف الى خبر الثقة الواحد العدل لأنه خبر دينى فلا يشترط فيه التعدد وانما اشترطنا العدد فى الصلاة لخبر ذى اليدين فيبقى ماعداها على الأصل (ومنها) لو وجد فى دار الاسلام ميت مجهول الدين فان لم يكن عليه علامة الاسلام ولا الكفر أو تعارض فيه علامة الاسلام والكفر صلى عليه نص عليه فان كان عليه الكفر خاصة فمن الأصحاب من قال يصلى عليه والمنصوص عن أحمد أنه لا يصلى عليه ويدفن وهذا يرجع الى تعارض الاصل والظاهر إذ الاصل فى دار الاسلام الاسلام والظاهر فى هذا الكفر ، ولو كان الميت فى دار الكفر فان كان عليه علامات الاسلام صلى عليه والا فلا نص عليه أحمد فى رواية على بن سعيد وهذا ترجيح للظاهر على الأصل هاهنا كما رجحه فى الصورة الأولى ولم يرجح الأصحاب هنا الأصل كما رجحوه ثم لأن هذا الأصل قد عارضه أصل آخر وهو ان الأصل فى كل مولود أنه يولد على الفطرة (ومنها) اذا اختلف الزوجان فى قدر المهر ولا بينة ففيه روايتان. إحداهما القول قول الزوج لأنه منكر وغارم والأصل براءة ذمته من القدر الزائد على مايقرر به . والثانية القول قول مدعى مهر المثل لأن الظاهر معه (ومنها) اذا أسلم الزوجان قبل الدخول وقال الزوج أسلمنا معاً فنحن على نكاحنا ، وقالت الزوجة بل على التعاقب فلا نكاح فوجهان . أحدهما القول قول الزوج لأن الأصل معه . والثانى القول قول الزوجة لان الظاهر معها اذ وقوع الاسلام معاً فى آن واحد نادر والظاهر خلافه (ومنها) اذا خلا بامرأته وصدقته أنه لم يطأها وقلنا لا يتقرر بذلك المهر على رواية سبقت وكان له منها ولد فهل يتقرر المهر بذلك لأن الغالب أن الولد انما ينعقد عن الاصابة أولا لأن الأصل عدم اصابتها ويحتمل أنه سبق الماء الى فرجها فانعقد به الولد على وجهين

ذكرهما القاضي في المجرد وفيه نظر فان سبق الماء الى الفرج انما يكون بعد ماتقرر المهر من وطء دون الفرج كما سبق تقريره ، والأظهر في تعليل عدم تقرر المهر أن يقال الولد يثبت نسبه بمجرد الامكان بخلاف استقرار المهر (ومنها) لو زوج رجل وليته ثم ظهرت معيبة وادعى الولى أنه لم يعلم عيبها ففيه وجهان . أحدهما القول قول الولى مع يمينه لأن الأصل معه الا أن يكون العيب جنونا ويكون الولى ذا اطلاع عليها فلا يقبل قوله وهو اختيار صاحب المغنى والثاني ان كان الولى قريبا كالاب والجد والابن لم يقبل قوله مطلقا لأن الظاهر يكذبه وان كان بعيدا قبل قوله مع يمينه وهو قول القاضي ووافقه ابن عقيل الا أنه فصل بين عيوب الفرج وغيرها فسوى بين الأولياء كلهم في عيوب الفرج بخلاف غيرها (ومنها) اذا اختلط مال حرام بحلال وكان الحرام أغلب فهل يجوز التناول منه أم لا على وجهين لأن الأصل في الأعيان الاباحة والغالب هاهنا الحرام قال أحمد في رواية حرب اذا كان أكثر ماله [النهب أ] و الربا ونحو ذلك فكأنه ينبغي له أن يتنزه عنه الا أن يكون شيئاً يسيراً أو شيئا لا يعرف، وقريب من هذا إذا اشتبه الماء الطاهر بالنجس وكان الطاهر أكثر فان في جواز التحرى روايتين وظاهر كلام أحمد في رواية المروذى جوازه واختاره أبو بكر وابن شاقلا وأبو على النجاد وصححه ابن عقيل لكن هنا اعتضد أصل الطهارة فان الظاهر اصابة الطاهر لكثرته (ومنها) اذا قذف مجهول النسب وادعى رقه وأنكر المقذوف فهل يحد على روايتين لأن الأصل عدم لزوم الحد والأغلب على الناس الحرية أو يقال الأصل فيهم الحرية فيكون ذا من باب تعارض الأصلين (ومنها) اذا قال لمدخول بها أنت طالق أنت طالق ولم يقصد بالثانية تأكيداً ولا إيقاعاً بل اطلق النية . فقال الأصحاب تطلق اثنتين لأنه موضوع للايقاع كاللفظ الأول ولهذا يقال اذا دار الأمر بين التأسيس والتأكيد فالتأسيس أولى وهذا يرجع إلى الحمل على الظاهر مع بقاء الزوجية وعدم وقوع الثانية والثالثة اذا كرر ثلاثاً فيتوجه أن يخرج رواية أخرى بوقوع واحدة مع الاطلاق لأنه المتيقن، ويشهد مانقله صالح عن أبيه أنه قال اذا قال أنت طالق أنت طالق وقد دخل بها فهو على ما أراد ان كان اراد إفهامها فهو الذى أراد وان أراد غير ذلك فهو على ماأراد فلم يوقع الثانية بدون النية. وقد حكى أبو بكر عبد العزيز فيما اذا قال أنت طالق بل أنت طالق وأطلق النية أنه لا يلزمه أكثر من واحدة فان نوى بالثانية طلقة أخرى فهل يلزمه أم لا على قولين لأنه إعادة اللفظ الأول بعينه فلا يحتمل التكرار كذلك حكاه القاضي عنه في كتاب الروايتين ويلزم من ذلك أنه اذا قال أنت طالق وكرره واطلق النية أنه لا يلزمه اكثر من واحدة وهاهنا مسألة حسنة نص

عليها أحمد فى رواية ابن منصور فيما إذا قال لامرأته انت طالق بل أنت طالق قال هى تطليقتان هذا كلام مستقيم وان قال انت طالق لا بل أنت طالق هى واحـدة ، والفرق بينهما ان بل من حروف العطف إذا كان بعدها مفرد وهى هنا كذلك لأن اسم الفاعل من المفردات وان كان متحملا لضمير بدليل انه يعرب والجمل لا تعرب ولأنه لايقع صلة ولوكان جملة لوقع صلة وحينئذ فيكون مابعده معطوفا على ماقبله وقد أوقع قبله واحدة ثم عطف عليها أخرى فتقع اثنتان كما لو أتى بواو العطف وهذا معنى قول أحمد هذا كلام مستقيم - يعنى انه نسق بعضه على بعض كسائر المعطوف بالواو وثم ونحوهما - وأما قول النحويين إن ماقبله يصير مسكوتا عنه غير مثبت ولا منفى فهذا فيما يقبل النفى بعد اثباته والطلاق ليس كذلك فتعين إثبات الأول وعطف الثانى عليه. وأما إذا قال انت طالق لا بل أنت طالق فقد صرح بنفى الأول ثم أثبته بعد نفيه فيكون المثبت هو المنفى بعينه وهو الطلقة الأولى فلا يقع به طلقة ثانية وهو قريب من معنى الاستدراك كأنه نسى أن الطلاق الموقع لا ينفى فاستدرك وأثبته لئلا يتوهم السامع أن الطلاق قد ارتفع بنفيه فهذا إعادة للأول لا استئناف طلاق (ومنها) إذا قال الطلاق يلزمنى أو انت الطلاق فهل يلزمه واحدة أو الثلاث على روايتين لأن الألف واللام قد يراد بها العهد أى الطلاق المعهود المسنون وهو الواحدة ويراد بها مطلق الجنس ويراد بها استغراق الجنس لكنها فى الاستغراق والعموم أظهر والمتيقن من ذلك الواحدة والأصل بقاء النكاح. وعلى رواية وقوع الثلاث فلو نوى به مادونها فهل يقع به مانواه خاصة أو يقع به الثلاث ويكون ذلك صريحاً فى الثلاث فيه طريقان للأصحاب ولو قال الطلاق يلزمنى وله أكثر من زوجة فان كان هناك نية أو سبب يقتضى التعميم أو التخصيص عمل به. ومع فقد النية والسبب خرجها بعض الأصحاب على الروايتين فى وقوع الثلاث بذلك على الزوجة الواحدة لأن الاستغراق فى الطلاق يكون تارة فى نفسه وتارة فى محله، وقد فرق بعضهم بينهما بأن عموم المصـدر لأفراده أقوى من عمومه لمفعولاته لأنه يدل على أفراده بذاته عقلا ولفظا وإنما يدل على مفعولاته بواسطة فلفظ الاكل والشرب مثلا يعم الأنواع منه والاعداد أبلغ من عمومه المأكول والمشروب إذا كان عاما فلا يلزم من عمومه لأفراده عموم أنواع مفعولاته(١) ذكر ذلك كله الشيخ تقى الدين رحمه الله بمعناه. وفى موضع آخر قوى وقوع الطلاق بجميع الزوجات دون وقوع الثلاث بالزوجة الواحدة وفرق بأن وقوع الثلاث بالواحدة محرم بخلاف وقوع الطلاق بالزوجات المتعددات وقد يقال ان قوله الطلاق يلزمه وان كان صيغة عموم لكن إذا لم ينو عمومه كان مخصصاً بالشرع عند من

(١) فى الأصل: أنواع عموم لمفعولاته

يحرم جمع الثلاث وهو ظاهر المذهب فتكون المسئلة حينئذ من صور التخصيص بالشرع وقد ذكرنا نظائرها فى قاعدة سبقت (ومنها) إذا قال زوجتى طالق أو عبدى حر وله زوجتان وعبيد فالمنصوص أنه يقع الطلاق والعتق بالجميع إلا أن ينوى عدداً معينا لأن اسم الجنس المضاف للعموم فهو كالجمع المعروف. ذكر صاحب المغنى احتمالا ورجحه أنه لا يقع الطلاق والعتاق مع اطلاق النية إلا بواحد لأن اللفظ صالح للواحد والجميع فحمله على الواحد أولى لأنه المتيقن ولو كان الجمع أظهر فيه ترجيحا للأصل على الظاهر (ومنها) إذ قال له عندى درهم ودرهم ودرهم. فهل يلزمه درهمان أو ثلاثة على وجهين ذكرهما أبو بكر فى الشافى ونزلهما صاحب التلخيص على تعارض الأصل والظاهر فان الظاهر عطف الثالث على الثانى ويحتمل إرادة التكرار به لأنه بلفظه فيحمل عليه عند الاطلاق لأنه اليقين قال ولو قال أردت بالثالث تكرار الثانى قبل على الوجهين لاحتماله. وذكر صاحب المغنى فى الطلاق احتمالا انه لا يقبل إرادة التكرار والتأكيد مع حرف العطف لمخالفة الظاهر لان ظاهر العطف يقتضى المغايرة.

﴿ القاعدة الستون بعد المائة ﴾

تستعمل القرعة فى تمييز المستحق اذا ثبت الاستحقاق ابتداء لمبهم غير معين عند تساوى اهل الاستحقاق. ويستعمل ايضا فى تمييز المستحق المعين فى نفس الأمر عند اشتباهه والعجز على الاطلاع عليه وسواء فى ذلك الأموال والأبضاع فى ظاهر المذهب، وفى الابضاع قول آخر انه لا تؤثر القرعة فى حل المعين منها فى الباطن ولا يستعمل فى الحاق النسب عند الاشتباه على ظاهر المذهب ويستعمل فى حقوق الاختصاص والولايات ونحوها، ولا تستعمل فى تعيين الواجب المبهم من العبادات ونحوها ابتداء وفى الكفارة وجه ضعيف أن القرعة تميز اليمين المنسية.

ونحن نذكرها هنا مسائل القرعة المذكورة فى المذهب من أول الفقه الى آخره بحسب الامكان والله الموفق (فمنها) اذا اجتمع محدثان حدثا اكبر أو أصغر وعندهما ما يكفى احدهما ولا اختصاص لاحدهما به ففيه وجهان احدهما يقترعان عليه لاستوائهما فى الحاجة اليه. والثانى يقسم بينهما ولو كان احدهما جنبا والآخر محدثا حدثا اصغر وكان الماء يكفى كل واحد منهما ويفضل عنه فضلة لا يكفى الآخر ففيه ثلاثة اوجه احدها المحدث أولى لان فضلته يمكن الجنب استعمالها بخلاف فضلة الجنب فانما لا ترفع حدث المحدث ولا شيئا منه. والثانى الجنب أولى لغلظ حدثه. والثالث هما سواء فيقرع بينهما أو يعطيه باذل الماء لمن شاء منهما قال صاحب التلخيص هذه المسئلة صورها جماعة من اصحابنا فى ماء مباح أو مملوك اراد مالكه بذله لأحدهم، وفيه نظر فان المباح قبل وضع الايدى عليه لا ملك فيه وبعد

وضع الايدى للجميع والمالك له ولاية صرفه الى من شاءقال ويتصور ذاك عندى فى الوصية بالماء لأولاهم به انتهى . ويتصور ايضا فى النذر لأولاهم به والوقف عليه وفيما اذا طلب المالك معرفة اولاهم ليؤثره به وفيما اذا ماوردوا على مباح وازدحموا وتشاحوا فى التناول اولا (ومنها) اذا تشاحوا فى الاذان مع تساويهم المرجح بما فيه فانه يقرع بينهم نص عليه احمد فى رواية ابى داود وابى طالب ومحمد بن موسى واحتج بان سعدا اقرع بينهم فى الاذان يوم القادسية ونص فى رواية ابى داود على تقديم القرعة على اختيار الجيران،وفى رواية محمدبن ابى موسى على ان المتعاهد للمسجد بالعمارة احق (ومنها) اذا اجتمع عراة ومع واحد ثوب قد صلى فيه استحب له اعارته لرفقائه فان ضاق الوقت وفيهم من يصلح للأمامة استحب اعارته فيصلى فيه اماما والعراة خلفه فان استووا ولم يكن الثوب لواحد منهم اقرع بينهم فمن خرجت له القرعة فهو احق به ذكره فى المغنى (ومنها) اذا استوى اثنان فى الصفات المرجح بها فى الامامة من كل وجه وتشاحا اقرع بينهما كما فى الأذان (وكذلك) اذا اجتمع اثنان من اولياء الميت واستويا وتشاحا فى الصلاة عليه اقرع بينهما ولو ولى امامة المسجد رجلان صح وكانا فى الامامة سواء وايهما سبق اليها كان احق بها فان حضرا معاً احتمل أن يقرع بينهما فيقدم من قرع منهما واحتمل أن يرجع الى اختيار أهل المسجد لاحدهما ذكر ذلك القاضى فى الأحكام السلطانية (ومنها) اذا قدم ميتين الى مكان من مقبرة مسبلة فى آن واحد ولم يكن لأحدهما هناك مزية من أهل مدفونين عنده أو نحو ذلك فانه يقرع بينهما صرح به الاصحاب. وكذلك اذا دفن اثنان فى قبر واحد واستويا فى الصفات فانه يقدم احدهما الى القبلة بالقرعة كما فعل معاذ بن جبل بامرأتيه (ومنها) اذا اجتمع ميتان فبذل لهما كفنان وكان أحد الكفنين أجود من الآخر ولم يعين الباذل مال كل واحد منهما فانه يقرع بينهما لما ورد فى السنة بذلك فروى الامام أحمد فى المسند من حديث الزبير انه قال لما كان يوم أحد أقبلت صفية يعنى أمه فاخرجت ثوبين معها فقالت هذان ثوبان جئت بهما لأخى حمزة فكفنوه فيهما قال فجئت بالثوبين ليكفن فيهما حمزة فاذا الى جنبه رجل من الأنصار قتيل قد فعل به مافعل بحمزة قال فوجدنا غضاضة وحياء أن يكفن حمزة فى ثوبين والانصارى لا كفن له فقال لحمزة ثوب وللأنصارى ثوب فقدرناهما فكان أحدهما أكبر من الآخر فأقرعنا بينهما فكفنا كل واحد فى الذى طار له وقد ذكره الأثرم للامام أحمد لما عدد أحاديث القرعة فعرفه أحمد وعده معها وهذا يشعر بأنه أخذ به (ومنها) ولو اشتبه عبده بعبد غيره فهل يصح بيع عبده المشتبه من مال الآخر قبل تمييزه أم. قال القاضى فى خلافه يحتمل

أن لا يصح العقد حتى يقع التمييز و بماذا يقع يحتمل أن يقرع بينهما فيعين بالقرعة ثم يبيعه لأنه قد اختلط المستحق بغيره ويحتمل أن يقف على المراضاة. ولو سلمناه فلأن الجهالة هنا بغير فعله فعفى عنها قال وأجود ما يقال فيها أنهما يبيعان العبدين ويقتسمان الثمن على قيمة العبدين كما قلنا إذا اختلط زيته بزيت الآخر وأحدهما أجود من الآخر أنهما يبيعان الزيت ويقتسمان الثمن على قدر القيمة انتهى (ومنها) إذا ادعى الوديعة اثنان فقال المودع لا أعلم لمن هي منكما. فانه يقرع بينهما فمن قرع صاحبه حلف وأخذها نص عليه أحمد وهى من فروع مسئلة تداعى عين بيد ثالث يعترف بأنها لأحدهما وسنذكرها إن شاء الله (ومنها) إذا سبق اثنان إلى الجلوس بالاماكن المباحة كالطرق الواسعة ورحاب المساجد ونحوها لمعاش أو غيره، فالمذهب أنه يقدم أحدهما بالقرعة وفيه وجه بتقديم السلطان لمن يرى منهما بنوع من الترجيح وكذلك لو استبقا إلى موضع فى رباط مسبل أو خان أو استبق فقيهان إلى مدرسة أو صوفيان إلى خانكاه ذكره الحارث وهذا يتوجه على أحد الاحتمالين الذى ذكرهما فى المدارس والخوانق المختصة بوصف معين انه لا يتوقف الاستحقاق فيها على تنزيل ناظر فأما على الوجه الآخر وهو توقف الاستحقاق على تنزيله فليس إلا ترجيحه له بنوع من الترجيحات. وقد يقال انه يرجع بالقرعة مع التساوى (ومنها) إذا سبق إثنان إلى معدن مباح أو غيره من المباحات وضاق المكان إلا عن أحدهما ففيه وجهان. أحدهما يقترعان عليه اختاره صاحب المغنى. والثانى قاله القاضى وان كان أحدهما للتجارة هايأ الامام بينهما باليوم أو الساعة بحسب ما يرى لأنه يطول وان كان للحاجة فاحتمالات. أحدها يقرع بينهما. والثانى ينصب من يأخذ لهما ثم يقسم. والثالث يقدم من يراه أحوج وأولى. وأما ان وقعت أيديهما على المباح فهو بينهما بغير خلاف وان كان فى كلام بعض الأصحاب ما يوهم خلاف ذلك فليس بشىء (ومنها) إذا اجتمع اثنان بين نهر مباح لكل منهما أرض يحتاج إلى السقى منه وكانا متقابلين ولم يمكن قسمة الماء بينهما أقرع بينهما فقدم من له القرعة فان كان لا يفضل عن أحدهما سقى من له القرعة بقدر حقه من الماء ثم تركه للآخر فانه يساويه فى استحقاق الماء وانما القرعة للتقديم فى استيفاء الحق لا فى أصل الحق بخلاف الأعلى مع الأسفل فانه ليس للأسفل حق إلا فيما فضل عن الأعلى وهنا الماء بينهما يستحق كل منهما أن يأخذ بقدر نسبة حقه منه ذكره فى المغنى (ومنها) إذا وصف اللقطة نفسان فهل يقسم بينهما أو يقرع فمن خرجت له القرعة فهى له على وجهين (ومنها) إذا التقط اثنان طفلا وتساويا فى الصفات أقرع بينهما ولم يقر بايديهما جميعاً كما فى الحضانة وان ادعى نفسان التقاط طفل فان كان فى أيديهما أقرع بينهما فاقر

بيد من خرجت له القرعة فان استويا فى عدم اليد ولم يصفه أحدهما، فقال القاضى والأكثرون لاحق لأحدهما فيه ويعطيه الحاكم لمن شاء منهما أو من غيرهما لأنه لم يثبت لهما سبب الاستحقاق. وقال صاحب المغنى الأولى أن يقرع بينهما لأنهما تنازعا شيئاً فى يد غيرهما فاشبه مالو تنازعا وديعة وفيه نظر. فان الوديعة لمعين ولا مدعى لها سواهما بخلاف اللقيط فان الحق لمن سبق اليه ولم يثبت السبق لواحد منهما فصارا كغيرهما، ولو ادعى اثنان لقطة بين أيديهما كل منهما يقول أنا سبقت اليها أقرع بينهما ذكره القاضى فى خلافه. وهذا فى الظاهر يخالف قوله فى دعوى التقاط الطفل إلا أن يفرق بينهما بأن اللقطة تؤول الى الملك فهى كتداعى اثنين ملكية عين بين أيديهما لا يد عليها لأحد كما سيأتى ان شاء الله (ومنها) إذا وصى لجاره محمد وله جاران بهذا الاسم فهل تبطل الوصية أو تصح ويميز أحدهما بالقرعة فيه خلاف سبق ذكره مبسوطاً، وكذا سبق ذكر من وهب أحد أولاده وتعذر الوقوف على عينه أو وقف عليه واشتبه فيهم (ومنها) إذا أوصى لزيد بعبد من عبيده قال الخرقى يعطى واحداً منهم بالقرعة كما لو أعتق واحداً مبهماً والمنصوص عن أحمد فى رواية ابن منصور أن له أخسهم يعنى أدنى مايقع عليه الاسم لأنه المتيقن، وانما أقرعنا فى العتق لأن العتق حق للعبيد وقد تساووا فى استحقاقه فيميز بالقرعة وهنا الحق للموصى له وانما يستحق مايصدق عليه الاسم (ومنها) إذا مات المتوارثان وعلم أسبقهما موتاً ثم نسى. فقال القاضى لا يمتنع أن نقول هنا بالقرعة لتعيين السابق والمذهب أن حكم ذلك حكم مالو جهلوا الحال أو لأنه يورث كل واحد منهما من الآخر من تلاد ماله دون ماورثه منه، ولو ادعى ورثة كل واحد منهما بسبق الآخر ولا بينة لهما أو تعارضت البينتان ففيه أوجه. أحدها يعين السابق بالقرعة اختاره ابن أبى موسى وضعفه أبو بكر فى كتاب الخلاف، والثانى يتوارثان كما لو جهل الورثة الحال وهو قول أبى الخطاب وقال القاضى فى المجرد وابن عقيل هو قياس المذهب. والثالث يحلف ورثة كل واحد لاسقاط دعوى الآخر ولا يتوارثان نص عليه أحمد واختاره الخرقى لأن ورثة كل واحد قد علم استحقاقه لارثه وغيرهم يدعى عليهم استحقاق مشاركة وهم ينكرون ذلك فيكون القول قولهم مع أيمانهم بخلاف مسائل الغرقى فان الورثة متفقون فيها على عدم العلم بالسابق وليس فيهم مدع لاستحقاق انفراده بمال ميته. والوجه الرابع وهو اختيار أبى بكر فى كتاب الخلاف انه يقسم القدر المتنازع فيه من الميراث بين مدعيه نصفين وعليهما اليمين فى ذلك كما لو تنازعا دابة فى ايديهما (ومنها) اذا مات عن زوجات وقد طلق احداهن طلاقا يقطع الارث أو كان نكاح بعضهن فاسداً لا توارث فيه، وجهل عين المطلقة وذات النكاح الفاسد فانها تعين بالقرعة والميراث للبواقى نص عليه أحمد (ومنها) الأولياء المستوون فى النكاح اذا تشاحوا أقرع بينهم

فان سبق من اخطاته القرعة فزوج فهل يصح أم لا على وجهين (ومنها) لو زوج وليان من اثنين وجهل أسبق العقدين ففيه روايتان . احداهما يميز الأسبق بالقرعة فمن خرجت له القرعة فهى زوجته ولا يحتاج الى تجديد عقد ولا يحتاج الآخر الى طلاق هذا ظاهر كلام أحمد فى رواية حنبل وابن منصور وقد ذكر هذه الرواية فى هذا الوجه القاضى فى المجرد [وابن عقيل وغيرهما وذكر القاضى فى الجامع] والخلاف والروايتين وأبو الخطاب وغيرهما أن الآخر يؤمر بالطلاق كما يطلق فى النكاح الفاسد وفيه ضعف فان هذا لم يتحقق له نكاح منعقد بخلاف الناكح نكاحاً فاسداً ، وأيضاً فمجرد طلاقه بتقدير أن يكون نكاحه هو السابق لا يفيد حل المرأة للآخر فلهذا قال طائفة من الأصحاب يجدد الذى خرجت عليه القرعة النكاح لتحل له بيقين . وقد حكى ذلك القاضى فى كتاب الروايتين عن أبى بكر أحمد بن سليمان النجاد ثم رده بأنه لا يبقى حينئذ معنى للقرعة فانه اذا أمر أحدهما بالطلاق وأمر القارع بتجديد النكاح فقد خات المرأة من زوجيتهما معاً فلها أن تتزوج من شاءت منهما ومن غيرهما ولا فائدة حينئذ للقرعة . وهذا بعينه قول من يقول بفسخ نكاحهما كما سيأتى . وقال الشيخ تقى الدين لو كان الأمر كما ذكروه لم يبق من الروايتين فرق ولا للقرعة فائدة وانما يجب على رواية القرعة أن يقال هى زوجة القارع بحيث يجب عليه نفقتها وسكناها ، ولو مات ورثته لكن لا يطأها حتى يجدد العقد فيكون تجديد العقد يحل الوطء فقط ولعل هذا قياس المذهب أو يقال انه لا يحكم بالزوجية إلا بالتجديد ويكون التجديد واجباً عليه وعليها كما كان الطلاق واجبا على الآخر قال وليس فى كلام أحمد تعرض لطلاق ولا لتجديد الآخر النكاح فان القرعة جعلها الشارع حجة وبينة تفيد الحل ظاهرا كالشهادة والنكول ونحوهما مما لا يوقف معه على حقيقة الأمر فى الباطن والمجهول غير مكلف به العباد بل هو فى نظر الشرع كالمعدوم مادام مجهولا ، ونظير هذه الرواية فى القرعة أن المشهور من المذهب ان من طلق واحدة من زوجاته ثم أنسيها فانها تعين بالقرعة ويحل له وطء البواقى فكذلك ههنا يميز النكاح الصحيح من الباطل بالقرعة ويفيد حل الوطء ولا يقال هناك الأصل فيمن لم يخرج عليها القرعة بقاء النكاح ولم يتيقن وقوع الطلاق عليها وهنا الأصل عدم انعقاد النكاح فى كل واحد منهما فلا يباح الوطء بدون تيقن العقد الصحيح لأنا نقول الاستصحاب بطل بيقين وقوع الطلاق المحرم . ولهذا أبطل أصحابنا الاستصحاب فى مسئلة اشتباه الماء الطاهر بالنجس ومنعوا استعمال أحدهما بالتحرى لأن الاستصحاب زال حكمه بيقين التنجس . وحينئذ تتفق الصورتان لأن فى احديهما اشتبهت الزوجة بالمطلقة ثلاثا وفى الأخرى اشتبه الزوج بغيره وكون احدهما له أصل فى الحل دون الآخر لا أثر

له عندنا . ولهذا يسوى بين اشتباه البول بالماء الطاهر واشتباه الماء النجس بالطاهر ونحن نقول على أحد الوجهين لو أقر بأن ولد احدى امائه ابنه ثم مات ولم يعينه بين بالقرعة وان كان حر الأصل.
واعلم ان القاضى حكى عن أبى بكر بن سليمان النجاد انه يقرع بين الزوجين فمن قرع أمر صاحبه بالطلاق ثم جدد الآخر نكاحه ، وقرأت بخط القاضى فى بعض مجاميعه قال حكى أبو الحسن الجزرى قال سئل أبو على النجاد عن رجل زوج ابنته على صداق ألف درهم ثم مات الأب قبل دخول الزوج بها ، فحضر ثلاثة رجال كل واحد منهم يقول زوجنى أبوك منك على صداق ألف درهم قبضها منى. وعدم كل واحد منهم البينة فى الحال وقالت البنت أعلم ان واحدا من هؤلاء الثلاثة تزوجنى يقيناً ولكن لا أعرفه عينا فقال ابو على النجاد ترفع أمرها الى الحاكم فيجبر الثلاثة على أن يطلقها كل واحد منهم طلقة واحدة ثم يقترع بين الثلاثة على الألف فأيهم كانت له القرعة أخذ الألف ثم يقال للمرأة تزوجى أيهم شئت أن احببت فان كانت هذه الحكاية مستند القاضى فى الحكاية عن النجاد فقد وهم فى تسميته فان الحكاية عن ابى على ونسبها هو الى ابى بكر بن سليمان وليست المسئلة فى نكاحين مشتبهين بل فى دعوى القرعة فيها انما هى للمال لا لحل البضع فلا يصح ماحكاه القاضى عن ابى بكر النجاد بالكلية فليحقق ذلك ، والرواية الثانية يفسخ النكاحان جميعا ثم تتزوج من شاءت منهما أو من غيرهما اذا شاءت نقلها ابو الحرث ومهنا ، وهى اختيار ابى بكر فى خلافه والخرقى وحكى ابن ابى فى موسى المسئلة روايتين احداهما يبطل النكاحان. والثانية يقرع بينهما فمن خرجت له القرعة فهى له قال والأول اظهر وأصح ، وظاهره أن النكاحين يبطلان من غير فسخ ويشهد له مانقله ابن منصور عن احمد فى وليين زوجا امرأة لاتدرى أيهما زوج قبل قال ما أرى لواحد منهما هاهنا نكاحا ، ومن الأصحاب من حكى ذلك وجها وقيده بما اذا أمكن وقوعهما معا وقد جعل القاضى فى خلافه المذهب كذلك . وإما أن علم وقوعهما معاً فهما جميعاً باطلان غير منعقدين . وذكر القاضى فى خلافه وفى كتاب الروايتين أن حكمه حكم مالو وقعا مترتبين وجهل اسبقهما فيه الروايتان . قال ابو البركات وهذا لا وجه له ولعله خرق الاجماع . فأما حكم المهر فى هذين النكاحين المشتبهين فقد سبق ذكره وان فى وجوب نصف المهر على من تخرج القرعة عليه منهما وجهين ، فان ماتت المرأة قبل الفسخ ففى المغنى احتمالان . احدهما يوقف نصف ميراثها أو ربعه حتى يصطلحان عليه . والثانى يقرع بينهما فمن خرجت له القرعة حلف أنه المستحق وورث قال الشيخ تقى الدين وكلا الوجهين لايخرج على المذهب ، أما الأول فلأنا لا نقف الخصومات قط . وأما الثانى فكيف يحلف من قال لا أعرف الحال وانما المذهب على رواية القرعة أيهما قرعه فله الميراث

بلا يمين ، وأما على قولنا لا يقرع فاذا قلنا إنها تأخذ من احدهما نصف المهر بالقرعة فكذلك يرثها احدهما بالقرعة بطريق الأولى، وإما ان قلنا لامهر فهنا قد يقال بالقرعة أيضـا انتهى . وان مات الزوجان جميعا فلها ربع ميراث احدهما فان اتفقت مع أحد الزوجين قبل موته أو مع ورثته أنه هو السابق فالميراث لهامنه بغير اشكال وان ادعت أن احدهما هو السابق وانكر هو أو ورثته فالقول قولهم مع ايمانهم . فان نكلوا قضى عليهم وان لم تقر المرأة بسبق احدهما ففي المغنى احتمالان احدهماأن يحلف ورثة كل منهما ويبرأ . والثانى يقرع بينهما فمن خرجت له القرعة فلها ربع ميراثه وهذا الوجه الثانى يتعين فيما اذا انكر الورثة العلم بالحال ويشهد له نص احمد فى رواية حنبل وغيره فيمن زوج احدى بناته من رجل ثم مات الأب ثم مات الزوج ولم يعلم عين الزوجة أنه يقرع بينهن فأيتهن اصابتها القرعة فهى التى ترثه ، وقدذكر ذلك صاحب المغنى أيضا فيما اذا أدعى كل واحد منهما أنه السابق بالعقد ولم يقر الواحد منهما بذلك ثم ماتا أنه يقرع بينهما ويكون لها ميراث من تقع القرعة عليه ولم يذكر فيه خلافا (ومنها) اذا أسلم على أكثر من أربع نسوة ثم طلق الجميع ثلاثا فالمشهور عند الاصحاب أنه يخرج منهن اربع بالقرعة فيكن المختارات وله نكاح البواقى بعد عدة الاربع بناء على أن الطلاق اختيار والقرعة لها مدخل فى تعيين المطلقات المبهمات فيميزن بالقرعة ويحكم باختيارهن وينفسخ نكاح البواقى بغير طلاق فيباح له نكاحهن بدون زوج واصابة بعد انقضاء عدة البواقى. وقال القاضى فى خلافه فى كتاب البيع يطلق الجميع ثلاثاً لأن نكاحهن ثابت لم يحكم بفساده فيلحقهن الطلاق الثلاث فلا ينكح شيئاً منهن الا بعد زوج واصابة . وهذا يرجع إلى أن الطلاق فسخ وليس باختيار ولكن يلزم منه أن يكون للرجل فى الاسلام أكثر من أربع زوجات يتصرف فيهن بخصائص ملك النكاح من الطلاق وغيره وهو بعيد ، واختيار الشيخ تقى الدين أن الطلاق هاهنا فسخ ولا يحسب من الطلاق الثلاث وليس باختيار، وان مات قبل أن يختار منهن أربعاً فانه يقرع بينهن فيورث أربع منهن بالقرعة ،وأما العدة ففيها وجهان . أحدهما على الجميع عدة الوفاة قاله القاضى فى الجامع لأنه مات والكل محبوسات على نكاحه فكان عليهن عـدة الوفاة واسلامه لم يوجب البينونة فى الزائد على الأربع بل البينونة تقف على اختياره فاذا اختار فى حياته أربعاً فعدة البواقى من حين الاختيار على المشهور لا من حين الاسلام . والثانى وهو قول القاضى فى المجرد وابن عقيل وصاحب المغنى أن عليهن أطول الأمرين من عدة الوفاة وعدة الوطء وعللوه بأن أربعاً منهن زوجات والبواقى موطوءات بشبهة فيجب على الجميع أطول العدتين لتبرأ الذمة من العدة الواجبة بيقين ،وهذا لايخرج إلا على القول بان البينونة ثبتت بالاسلام وتتبين بالاختيار فاذا اختار أربعاً

فعدة البواقى من حين اسلامه، أما اذا قلنا عدتهن من حين اختياره فهن زوجات له حتى يختار فلا يتوجه أن يجب عليهن سوى عدة الوفاة إلا أن يقال إن نكاحهن فى حكم الفاسد لأنه لا يجوز استدامته بحال فلا يجوز أن يثبت له خصائص النكاح الصحيح ويجاب عنه بان النكاح الفاسد اذا اتصل به الموت أوجب عدة الوفاة على المنصوص فهذا أولى. ويلتحق بهذه المسئلة ما اذا طلق واحدة مبهمة أو معينة ثم أنسيها ثم مات قبل القرعة فانا نقرع بينهن وتخرج المطلقة بالقرعة ويورث البواقى كما نص عليه أحمد، وأما العدة فذكر القاضى فى خلافه انه يجب على كل واحدة منهن عدة الوفاة ان لم يكن دخل بهن يسقط الفرض بيقين وان دخل بهن لزمهن أطول الأمرين من عدة الطلاق من حينه وعدة الوفاة من حينها لأن كل واحدة منهن يحتمل أن تكون مطلقة وأن تكون زوجة فلا تبرأ الذمة بدون ذلك وهذا يخالف المنصوص عن أحمد فانه نص فى رواية ابى طالب أنه يقرع بينهن فأيتهن اصابتها القرعة لم تورث ولم تعتد ومراده أنها لا تعتد عدة الوفاة وهذا يدل على أن العدة تابعة للميراث وهو ظاهر كلام القاضى فى المجرد فمن خرجت لها قرعة الطلاق فليس عليها سوى عدة الطلاق من حينها وعلى البواقى عدة الوفاة من حينها لأن القرعة بينة شرعية وقد حكمنا بحل البضع بها كما سبق فجاز أن يبتنى عليها حكم العدة لأنها من توابع الطلاق ولوازمه، فعلى هذا المنصوص يتخرج فى مسألة من أسلم على أكثر من أربع ثم مات قبل أن يختار منهن أن يقرع بين أربع منهن فيكن المختارات وتلزمهن عدة الوفاة من حينها ويلزم البواقى عدة الوطء من حين الاسلام اذا قلنا إن عدتهن من حين الاسلام وعلى قول القاضى على الجميع أطول الأجلين (ومنها) اذا اصدق الزوجة عبداً من عبيده فحكى طائفة من الأصحاب فى المسئلة روايتين. احداهما أنه يتعين بالقرعة. والثانية لها الوسط منهم وخرج ابن عقيل فيها وجهين آخرين احدهما أنه يعطيها مايختاره هو. والثانى يعطى ما تختاره هى واختار أنهم إن تساوو فلها واحد بالقرعة والا فلها الوسط، والمنصوص عن أحمد فى ذلك مانقله مهنا فى رجل تزوج امرأة على عبد من عبيده فقال اعطيها من أحسنهم؟ قال ليس له ذلك ولكن يعطيها من أوسطهم فقلت له ترى أن يقرع بينهم. قال: نعم! فقلت: تستقيم القرعة فى هذا؟ قال نعم! يقرع بين العبيد. وتاول ابو بكر هذا على أنه تزوجها على عبد معين واشتبه. قال القاضى ولا يصح هذا التأويل لأنه قال يعطى وسطهم ولو كان معينا لم يعتبر الأوسط ونقل عنه جعفر بن محمد يقوم الخادم وسطا على قدر ما يخدم مثلها (ومنها) اذا دعاه اثنان الى وليمة عرس واستويا فى الصفات المرجحة أقرع بينهما (ومنها) اذا زفت اليه امرأتان معا فانه يقدم احداهما بالقرعة (ومنها) اذا أراد السفر باحدى زوجاته او البداءة بها لم يجز بدون قرعة الا أن يرضى البواقى بذلك (ومنها) لو طلق امرأة

من نسائه مبهمة بأن قال لامرأتيه احداكما طالق ولم ينو معينا فانه يعين المطلقة بالقرعة فى ظاهر المذهب ونص عليه احمد فى رواية جماعة ، وفيه رواية ثانية أن له تعيينها باختياره ، وتوقف احمد مرة فيها فى رواية أبى الحارث (ومنها) اذا طلق واحدة معينة من نسائه ثم انسيها أو جهلها ابتداء كمن قال ان كان هذا الطائر غرابا ففلانة طالق وان لم يكن غرابا ففلانة طالق فطار ولم يعرف ما كان فالمشهور أيضا أنها تعين بالقرعة ويحل له البواقى كما أنه لو اعتق أمة من امائه، وأنسيها عينها بالقرعة وحل له البواقى لأن القرعة قامت مقام الشاهد والمخبر للضرورة والشارع لم يكلف العباد بما نفس الأمر بل بما ظهر وبدا وان كان مخالفا لما فى نفس الأمر والمجهول كالمعدوم ما دام مجهولا فاذا علم ظهر حكمه كالاجتهاد مع النص والتيمم مع الماء ، وقد نص احمد صريحا على هذا فى رواية جماعة وعن احمد لا يقرع بل يوقف حتى يتبين قال الشالنجى سألت احمد عن الرجل يطلق امرأة من نسائه ولا يعلم ايتهن طلق قال اكره أن أقول فى الطلاق بالقرعة قلت أرأيت ان مات هذا قال أقول بالقرعة أى لأجل الميراث بعد الموت. وهذه اختيار صاحب المغنى والمذهب الأول وعليه فلو ذكر ان المطلقة غير من اصابتها القرعة وانه يذكر ذلك لزمه الطلاق فيها وهل ترجع التى وقعت عليها القرعة توقف فيه احمد مرة وقال فى رواية الميمونى ان كانت تزوجت لم ترجع اليه لأن حق الزوج الثانى تعلق بها فلا يقبل قوله فى اسقاط حقه وفسخ نكاحه، وان لم تتزوج فان كانت القرعة بفعل الحاكم لم ترجع اليه أيضا نص عليه فى رواية الميمونى أيضا . قال ابن ابى موسى وهو يرجع الى أن حكم الحاكم له تأثير فى التحريم وفيما قاله نظر بل الظاهر أنه يرجع إلى أن فعل الحاكم حكم فلا يقبل قول الزوج فيما يرفع فعل الحاكم لأن تعليق حكم الحاكم كتعلق حكم الزوج وأولى، وان لم تكن القرعة من الحاكم رجعت اليه نص عليه أيضا لأن إخباره بذلك مقبول قبل القرعة فكذلك بعدها إلا أن يتضمن ابطال حق لغيره ولم يوجد ذلك هنا، وعن أبى بكر وابن حامد لا يرجع اليه لأنه متهم فى نفى الطلاق عنها فلا يقبل قوله فيه (ومنها) لو رأى رجلان طائراً فقال احـــدهما إن كان غرابا فامرأتى طالق ثلاثا وقال الآخر إن لم يكن غرابا فامرأتى طالق ثلاثا ففيه وجهان . أحدهما يبنى كل واحد منهما على يقين نكاحه ولا يحكم عليه بالطلاق ولأنه متيقن لحل زوجته شاك فى تحريمها بخلاف ما اذا كانت الزوجتان لرجل واحد فانه تيقن زوال النكاح فى احدى زوجتيه فلذلك عينت بالقرعة وهذا اختيار القاضى وأبى الخطاب وكثير من المتأخرين . والثانى أنه يقرع بينهما فمن وقعت عليه القرعة طلقت زوجته كما لو كانا لرجل واحد وهو اختيار الشيرازى فى الايضاح وابن عقيل والحلوانى وفى الجامع للقاضى أنه قياس المذهب وعلى الأول فمن اعتقد خطأ الآخر

دونه حل له الوطء وان شك وتردد كف عنه وجوبا عند القاضي . وورعا عند ابن عقيل والمنصوص عن احمد في هذه المسئلة ما رواه ابنه عبد الله انه قال يعتزلان نساءهما حتى يتيقن فيحتمل أن يكون حكم لوقوع الطلاق على احدهما ولكن لم تخرجه بالقرعة كما رواه الشالنجي عنه ويحتمل وهو الأظهر أنه منع من الوطء خاصة كما قاله القاضي . قال الشيخ تقي الدين تأملت نصوص احمـــد فوجدته يأمر باعتزال الرجل امرأته في كل يمين حلف الرجل عليها بالطلاق وهو لا يدري اهو بار فيها أم لا ؟ حتى يستيقن أنه بار فان لم يعلم أنه بار اعتزلها أبدا وان علم أنه بار في وقت اعتزلها وقت الشك وحاصله أنه متى علق الطلاق بشرط وأمكن وجوده فانه يعتزل امرأته حتى يعلم انتفاؤه نص على فروع هذا الأصل في مواضع (منها) اذا قال ان كنت حاملا فانت طالق يعتزلها حتى يتبين الحمل (ومنها) إذا وكل وكيلا في طلاق امرأته يعتزلها حتى يدري مايفعل (ومنها) إذا قال أنت طالق ليلة القدر يعتزلها إذا دخل العشر الأواخر لامكان أن يكون أول ليلة (ومنها) إذا قال أنت طالق قبل موتي بشهر فانه يعتزلها مطلقا نقله عنه مهنا (ومنها) مسألة إن كان الطائر غرابا وهي هذه المسألة (ومن مسائل القرعة) اذا قال لامرأته ان ولدت ذكرا فأنت طالق طلقة وان ولدت أنثى فأنت طالق طلقتين فولدت ذكرا وأنثى متعاقبين وأشكل السابق منهما فوجهان . أحدهما أنه يقع بها واحدة لأنه المتيقن والزائد عليه مشكوك فيه فيلغى كما لو طلق وشك هل طلق واحدة أو اثنتين ؟ وهـــذا قول أبي الخطاب ورجحه صاحب المغني . والثاني يعين الواقع منهما بالقرعة قاله القاضي وابن عقيل لأنه تيقن وقوع احد المتعلقين وشك فميز بالقرعة كما لو تيقن وقوع طلاق احدى الزوجتين وشك في عينها ، ومأخذ الخلاف أن القرعة لا مدخل لها في الحاق الطلاق لاحد الاعيان المشتبهة فمن قال بالقرعة هنا جعلها لتعيين احدى الصفتين وجعل وقوع الطلاق لازما لذلك ومن منعها نظر الى القصد بها هنا هو اللازم وهو الوقوع ولا مدخل للقرعة فيه وهذا أظهر (ومن غرائب مسائل القرعة في الطلاق) اذا قال لزوجاته الأربع أيتكن لم أطأها الليلة فصواحباتها طوالق ولم يطأ تلك الليلة واحدة منهن فالمشهور عند الأصحاب أنهن يطلقن ثلاثا ثلاثا لأن شرط الطلاق وهو خلو الوطء في الليلة قد تحقق في آخر جزء منها فاذا بقي جزء منها لا يتسع للايلاج تحقق شرط طلاق الجميع دفعة واحدة فيطلق الجميع ثلاثا ثلاثا لأن لكل واحدة ثلاث صواحبات لم يطأهن فاجتمعت شروط وقوع الثلاث عليها . وحكى أبو بكر في التنبيه في المسئلة وجهين عن الأصحاب . أحدهما هذا . والآخر وهو الذي ذكره أولا وجزم به ان احداهن تطلق ثلاثا والبواقي يطلقن اثنتين اثنتين وعلله بأنه لما امتنع عن الأولى طلقت الثلاث واحدة واحدة فلما امتنع عن الثانية طلقت الأولى واحدة والثالثة والرابعة ثنتين

ثنتين فلما امتنع عن الثالثة طلقت الأولى اثنتين والثانية اثنتين والثالثة كذلك وبانت الرابعة فلما امتنع عن الرابعة امتنع عنها وهى غير زوجة فلم يقع بالامتناع فيها طلاق فعلى هذا الوجه ينبغى أن يقرع بينهن فمن خرجت لها قرعة الثلاث حرمت بدون زوج واصابة وملك رجعة البواقى وشرح كلامه ان يقدر الامتناع من وطئهن مرتباً لأنه لا يمكن إلا كذلك فاذا بقى من الليلة زمن لا يتسع للايلاج فى أربع فقد تعذر وطء الأولى حينئذ فتطلق الثلاثة البواقى طلقة طلقة فاذا بقى زمن لا يتسع للايلاج فى الثلاث فقد تعذر وطء الثالثة فتطلق به الأولى والثانية والرابعة طلقة طلقة فيجتمع على الأولى والثانية طلقة وعلى الثالثة والرابعة طلقتان فاذا بقى زمن لا يتسع للايلاج فى اثنتين فقد تعذر وطء الثالثة فتطلق به الأولى والثانية والرابعة فيجتمع على الأولى والثانية طلقتان وعلى الرابعة ثلاث طلقات فتحرم حينئذ وتخرج عن الزوجية فلا يبقى الامتناع من وطئها شرطا لطلاق صواحباتها لأن تقدير الكلام ايتكن لم أطأها الليلة وهى زوجتى وقد تعذر ذلك فى هذه الرابعة ، وهذا يرجع إلى أنه متى حلف بالطلاق على فعل شىء فى وقت متسع فتعذر فعله فى آخر أجزاء ذلك الوقت انه لا يحنث لأن حنثه إنما هو بترك ذلك فى آخر الوقت فيستدعى وجود المحلوف عليه حينئذ والمعروف من المذهب انه يحنث فى حال التعذر كما لو حلف ليشربن ماء هذا الكوز اليوم فتلف قبل مضى اليوم فانه يحنث فى الحال، وعلى ما ذكره أبو بكر لا يحنث وقال صاحب المستوعب ويمكن أن يقال الأولى منهن من كان وقت اليمين حظها من القسم والثانية التى تليها (ومنها) إذا ادعى الزوج الرجعة والزوجة انقضاء العدة فى آن واحد ففيه وجهان. أحدهما القول قول المرأة لأن الزوج مدع وهى منكرة. والثانى يقرع بينهما فمن قرع فالقول قوله (ومنها) إذا آلى من واحدة معينة واشتبهت عليه فانها تميز بالقرعة ذكره أبو بكر وان آلى من واحدة غير معينة ففى المحرر وجهان. أحدهما يعين بالقرعة. والثانى بتعيينه وهما مخرجان من الروايتين فى مسئلة الطلاق وفى المغنى له وطء الجميع سوى واحدة منهن فاذا لم يبق سوى واحدة تعين الايلاء فيها لأنه لا يمكن وطؤها بدون الحنث فى هذه الحال بخلاف ما قبلها فلا يصير مولياً بدون ذلك (ومنها) إذا تعذر إثبات النسب بالقافة اما لعدمها أو لعدم الحاقها بالنسب لاشكاله عليها ولاختلافها فيه ونحو ذلك فالمشهور انه لا يلحق بالقرعة وقد قال أحمد فى رواية على ابن سعد فى حديث على فى ثلاثة وقعوا على امرأة فأقرع بينهم قال لا أعرفه صحيحاً وأوهنه وقال فى رواية يعنى ابن منصور فى حديث عمر فى القافة أعجب الى يعنى من هذا الحديث وعلى هذا فهل يضيع نسبه أو يترك حتى يبلغ فينتسب الى من يميل طبعه اليه من المدعين له فيلحق به على وجهين والأول قول أبى بكر والثانى قول ابن حامد واختار صاحب المحرر انه يلحق بالمدعيين معاً كالمدعيين لعين

ليست فى يد أحدهما اذا استويا فى البينة أو عدمها فان العين تقسم بينهما وكذا هاهنا يلحق النسب بهما إذ لا يمكن الحاقه بالقرعة. وقال اسحاق بن ابراهيم سألت أبا عبد الله عن حديث عمر أن رجلين اختصما اليه أيهما وقع على امرأة فى طهرها ايش تقول فيه؟ قال أحمد ان ولدت خيرت الابن أيهما شاء اختار ويرثهما جميعاً، ويخير فى حياتهما أيهما شاء من الأبوين اختار. قال القاضى هذا موافق لقول ابن حامد انه ينسب الى من شاء منهما وقال الحارثى إنما دل على انه ينسب اليهما كما اختاره صاحب المحرر لأنه ورثه منهما ولم يوقفه الى بلوغه وتخييره انما هو للحضانة، والأظهر عندى أن مراد أحمد أنه اذا ألحقته القافة بالأبوين معاً ورثهما وخير فى المقام عند من يختار منهما. فانه سئل عن حديث عمر وحديث عمر فيه هذان الحكمان. وعن أحمد أنه يقرع بينهما فيلحق نسبه بالقرعة ذكرها فى المغنى فى كتاب الفرائض وهى مأخوذة والله أعلم مما روى صالح عن أبيه أنه قال القرعة أراها قد أقرع النبى صلى الله عليه وسلم فى خمسة مواضع فذكر منها وأقرع فى الولد من حديث الأجلح عن الشعبى عن أبى الخليل عن زيد بن أرقم وهو مختلف فيه، وأذهب الى القرعة لأن النبى صلى الله عليه وسلم أقرع. قلت ان بعض الناس لا يجيزون القرعة إلا فى الأموال قال أليس قد أقرع النبى صلى الله عليه وسلم بين نسائه والقرعة فى القرآن فى موضعين، وظاهر هذا انه أخذ بالقرعة فى النسب وقد ذكرنا طرق حديث زيد بن أرقم والاختلاف فيه وكلام الحفاظ عليه وتوجيه ما تضمنه من توزيع الغرم فى جزء مفرد. وقد قال أبو بكر عبد العزيز: لو صح لقلنا به وأما حكم تحريم النكاح فان ألحقت القافة الولد بأحد الواطئين وكان بنتاً حلت لأولاد الآخر ولم تحل لأحد من الواطئين لكونها ربيبة له وان لم توجد قافة فان قلنا يضيع النسب حرمت على الواطئين وأولادهم كما إذا اشتبهت ذات محرم بأجنبى وان قلنا يترك حتى يبلغ فينتسب الى أحدهما بميل الطبع ففى حلها لولد الآخر بابن هذه المرأة احتمالا ذكرهما صاحب الترغيب فى الرضاع (وأما حكم العدة) فقال أكثر الأصحاب ان ألحقت القافة الولد بأحدهما انقضت به عدتها منه ثم اعتدت للآخر وان ألحقته بهما انقضت به عدتها منهما. وفى الانتصار لأبى الخطاب لا يمتنع على أصلنا أن نقول تنقضى به عدة أحدهما لا بعينه وتعتد للآخر فيما اذا ألحقته القافة بهما كما لو وطئها رجلان بشبهة وجهل السابق. وأما إن ضاع نسبه فان لم توجد قافة واشكل عليهم ففى الاقناع لابن الزاغونى يضاف الى أحدهما بالقرعة وتنقضى به عدتها منه. قال ويحتمل أن تستأنف العدة لهما لأنه لا يعلم به البراءة من ماء أحدهما حيث لم ينسب إلى واحد منهما، وفى المجرد والفصول والمغنى يلزمها أن تعتد بعد وضعه بثلاثة قروء لأنه ان كان من الأول فقد أتت بما عليها من عدة الثانى وان كان من الثانى فعليها أن تكمل عدة الأول ليسقط

الفرض بيقين . وأما حكم الميراث إذا تعذر الحاق النسب بواحد منهما ومات الولد ففى المجرد فى العدد قياس المذهب أنه يقرع بينهما فمن تقع عليه القرعة حكم له بالميراث كما قلنا اذا طلق أحدى نسائه ومات ثم قال فان كان للطفل أم ولأحد المتداعيين فيه ولد أو كان لها ولد ولأحدهما ولد فيجوز أن يكون للميت اخوان ويجوز أن لا يكون فيحكم له بالثلث ولا تحجب بالشك. قال الشيخ مجد الدين وفى هذا عندى نظر من وجهين. أحدهما أن القرعة انما تشرع عندنا إذا امتنع الجمع من الأمرين وهنا يمكن أن يكون منهما عندنا . والثانى ان القاضى ذكر فى المجرد فى كتاب الفرائض انه يوقف المشكوك فيه حتى يصطلح عليه ثم العجب انه جعل للأم هنا الثلث حيث يشك هل لها الثلث أو السدس؟ وكان ينبغى أن تعطى بمقتضى القرعة انتهى . وأقول القرعة هنا أرجح من الايقاف لأن فيها فصلا للأحكام وأما احتمال كونه منهما فهو بعيد جداً فلا تعويل عليه وانما التعويل على العادة الغالبة وأنه ابن لواحد منهما نعم لو عولنا على هذا الاحتمال لقسمنا إرثه بينهما بالسوية وهو متوجه أيضاً، وأما دخول القرعة فيما تستحقه الام من الثلث أو السدس فغير ممكن كما لا تدخل القرعة فيما تستحقه الخنثى من ميراث ذكر أو انثى ولأنه فيما يستحقه من له حاجب مفقود ونحو ذلك

تنبيه ـ هذا الكلام فى الحاق النسب ابتداء بالقرعة فأما إذا أقر بولد مبهم من أمة له ثم مات ولم يتبين وتعذرت القافة أقرعنا لأجل الحرية فمن خرجت عليه القرعة فهو حر، وهل يثبت نسبه بذلك فيه خلاف سبق ذكره لأن الحرية هنا مستندة الى الاقرار والقرعة فيرجح، (ومنها) اذا بلغ سبع سنين فانه يخير بين أبيه وأمه فى الحضانة على ظاهر المذهب فان لم يختر واحد منهما أو اختارهما جميعاً أقرع بينهما على المشهور، وفيه وجه يعطى لامه . وأما قبل السبع فاذا استوى فى استحقاق حضانته رجلان كأخوين أو امرأتين كأختين فانه يعين أحدهما بالقرعة أيضا (ومنها) اذا استحق القود جماعة وتشاحوا فى مباشرة الاستيفاء ففيه وجهان . أشهرهما أنه يقدم أحدهما بالقرعة . والثانى بتعيين الامام قاله ابن أبى موسى هذا اذا كان المقتول واحدا فان كانوا جماعة وطالب ولى كل واحد منهم أن يقتص على الكمال ففيه وجهان أيضاً . أحدهما أنه يقرع بينهم فمن خرجت قرعته أقيد به ويجب للباقين الدية . والثانى يبدأ بالسابق فى القتل فيقاد به وتتعين الدية للباقين، فان قتلهم دفعة واحدة قدم من تخرج له القرعة ولم يذكر صاحب المغنى سوى هذا الوجه . وقال ابو الخطاب فى الانتصار يقتل للجميع ويؤخذ من ماله بقية ديات الجميع تقسم بينهم، وحكى أن المنصوص عن أحمد أنهم اذا طلبوا القتل فليس لهم غيره ويكونون قد أخذوا بعض حقوقهم وسقط بعضها، وبعد بأن القصاص لا يتبعض فى الاستيفاء والاسقاط (ومنها) اذا أعطينا الأمان لمشرك فى حصن ليفتحه

لنا ففعل، ثم اشتبه علينا وادعى كل منهم انه المستأمن ففيه وجهان. أحدهما وهو المنصوص في رواية ابن هانيء أنه يحرم قتلهم واسترقاقهم جميعا. والثاني يخرج أحدهم بالقرعة فيكون حراً ويرق الباقون وحكى ذلك عن أبي بكر والخرقي لأن القرعة تميز الحر من العبد عند الاشتباه ، ولو كان حر الأصل كما لو أقر أن أحد هذين الولدين من هذه الأمة ولده ثم مات ولم يوجد قافة فانا نقرع بينهما للحرية وان كان حر الأصل . ومن نصر الأول قال إرقاق الباقين هنا يؤدى الى ابتداء الارقاق مع الشك في اباحته بخلاف من أعتق احد عبيده واشتبه عليه فانه ليس فيه سوى استدامة الارقاق مع الشك في زواله فالاستدامة تبقيه على الأصل الذي لم يتحقق زواله والابتداء نقل عن الأصل المتحقق مع الشك في إباحته، نعم لو كان المعطى للامان امرأة واشتبهت علينا لتوجه جواز ارقاق النساء سوى واحدة بالقرعة لأن النساء يصرن ارقاء بنفس السبي فقد اشتبه هاهنا الرقيق بحر الأصل كمسئلة الاقرار المشار اليها، وكذلك لو أسلم واحد من حصن قبل فتحه ثم فتحناه وادعى كلهم انه المسلم فانه يخرج بالقرعة واحد فلا يسترق ويسترق الباقون لأنهم انما أسلموا بعد القهر وذلك يوجب استرقاقهم على المنصوص فقد اشتبه هاهنا الحر بمن يثبت استرقاقه فيميز بالقرعة وجعل أصحابنا حكم هذه المسئلة حكم مسئلة دعوى الأمان في جريان الخلاف فيها (ومنها) اذا جعلنا مالا لمن يفتح الحصن فادعى اثنان كل منهما انه الذي فتحه دون الآخر فقال أبو بكر في التنبيه فيه قولان أحدهما أن المال بينهما جميعاً لأنهما فيه سواء بدعواهما له . والآخر يقرع بينهما فمن اصابته القرعة كان المال له (ومنها) لو حلف بيمين ولم يدر أي الايمان هي فالمنصوص عن أحمد أنه لا يلزمه شيء، قال في رواية ابن منصور في رجل حلف بيمين لا يدرى ماهى طلاق أو غيره قال لا يجب عليه الطلاق حتى يعلم أو يستيقن، وظاهره أنه لا يلزمه شيء من موجبات الأيمان كلها لأن الاصل براءة الذمة من موجب كل يمين بانفرادها. وتوقف أحمد في رواية أخرى قال صالح سألت أبي عن رجل حلف على يمين (١) لا يدرى ماحلف بالله أم بالطلاق أو بالمشي (٢) قال لو عرف اجترأت أن أجيب فيها فكيف اذا لم يدر. وفي المسئلة قولان آخران . أحدهما أنه يقرع بين الايمان كلها من الطلاق والعتاق والظهار واليمين بالله فما خرج بالقرعة لزمه مقتضاه ، وهو بعيد لما يتضمنه من ايقاع الطلاق والعتاق بالشك ولكنه احتمال ذكره ابن عقيل في فنونه . وذكر القاضي في بعض تعاليقه أنه استفتى في هذه المسألة فتوقف فيها ثم نظر فاذ قياس المذهب أنه يقرع بين الايمان كلها الطلاق والعتاق والظهار واليمين بالله فأي يمين وقعت عليها القرعة فهي المحلوف عليها قال ثم وجدت عن أحمد

(١) في الأصل على عين والتصحيح على النابلسية . (٢) في الأصل : وبالمشيئة والصحيح عنها

مايقتضى أنه لايلزمه حكم هذه اليمين وذكر رواية ابن منصور . والثانى أنه يلزمه كفارة كل يمين لأنه يتيقن وجوب أحدها وشك فى عينه وذكره ابن عقيل فى فنونه أيضاً ، وهو متجه فيما اذا علم أنها احدى الايمان المكفرة ، وأما ان شك هل هى مما يدخله التكفير أولا فلا يزول شكه بالتكفير المذكور . وفى مسائل ابراهيم الحربى سمعت رجلا سأل احمد بن حنبل عن يمين حلفها فقال له احمد كيف حلفت فقال له الرجل ليس أدرى كيف حلفت؟ فقال احمد حدثنا يحيى بن آدم قال قال رجل لشريك حلفت وليس أدرى كيف حلفت؟ فقال له شريك ليتنى إذا دريت أنت كيف حلفت دريت أنا كيف افتيك انتهى. وهذه الرواية يحتمل أن يكون المراد انه لم يدر بما ذا حلف فيكون كرواية صالح السابقة ، ويحتمل أنه لم يدر ما حلف عليه مثل أن يعلم أنه حالف بالطلاق مثلا ليفعلن شيئاً ونسى ما حلف عليه وهنا قد شك فى شرط الطلاق وهو عدمى فلا يلزمه طلاق على المذهب عند صاحب المحرر ، وفيه وجه يحنث فى آخر أوقات الامكان لأن الأصل وجود [ما علق عليه وهو العدم وإن حلف بالطلاق لا يفعل كذا فهنا شرط الطلاق وجودى] (١) وهو الفعل فلا يقع الطلاق بالشك فى وجوده وافتى الشيخ تقى الدين فيمن حلف لايفعلن شيئاً ثم نسيه أنه لا يحنث لأنه عاجز عن البر وهو يرجع إلى الوجه المذكور فى الصورة الأولى (ومنها) إذا تناضل حزبان واقتسموا الرجال بالاختيار واختلفوا فى البادى بالاختيار من كل حزب أقرع بينهم لذلك ، وكذلك إذا اختلفت الرماة فى المبتدى بالرامى وتشاحوا أقرع بينهم فى قياس المذهب قال الآمدى واختار القاضى أنه يقدم من أخرج السبق فان لم يكن أقرع بينهم واختار صاحب الترغيب انه لا يصح عقد المناضلة حتى يعين المبتدىء فيه بالرمى (ومنها) إذا استوى اثنان من أهل الفيء فى درجة ففى المجرد يقدم اسنهما ثم أقدمهما هجرة وفى الأحكام السلطانية يقدم بالسابقة فى الاسلام ثم بالدين ثم بالسن ثم بالشجاعة ثم ولى الأمر مخير إن شاء أقرع بينهما وإن شاء رتبهما على رأيه واجتهاده (ومنها) إذا تنازع الامامة العظمى اثنان وتكافآ فى صفات الترجيح قدم أحدهما بالقرعة قال القاضى هذا قياس المذهب كالأذان (ومنها) لو عقدت الامامة لاثنين فى عقدين مترتبين وجهل السابق منهما فقال القاضى يخرج على روايتين. إحداهما بطلان العقد فيهما. والثانية استعمال القرعة بناء على ما إذا زوج الوليان وجهل السابق منهما فانه على روايتين كذلك هنا انتهى . ولكن المشهور فى حكاية الرواية الأولى فى كتاب القاضى وأصحابه أنه يفسخ النكاحان وقياس هذا أنه يفسخ العقدان لأنهما يبطلان من غير فسخ (ومنها) اذا ولى الامام قاضيين فى بلد

---

(١) مابين المربعين من النابلسية وكذا فيما سيأتى

عملا واحداً وقلنا بصحة ذلك فاختلف الخصمان فيمن يحتكمان اليه فالقول قول المدعى فان تساويا فى الدعوى اعتبر أقرب الحاكمين اليهما فان استويا أقرع بينهما، وقيل يمنعان من التخاصم حتى يتفقان على أحدهما قال القاضى والأول أشبه بقولنا (ومنها) اذا هجم الخصوم على القاضى دفعة واحدة وتشاحوا فى التقدم وليس فيهم مسافر فانه يقدم أحدهم بالقرعة [وكذا اذا ادعى الخصمان عنده معا فانه يقدم أحدهما بالقرعة] (ومنها) القرعة فى القسمة اذا عدل القاسم السهام بالأجزاء ان تساوت وبالقيمة ان اختلفت وبالرد فيما يقتضى الرد فانه يقرع بين الشركاء وهو مخير ان شاء كتب اسم كل واحد منهم فى رقعة ثم تخلط الرقاع ويخرج على كل اسم رقعة منها، وان شاء كتب اسم كل سهم فى رقعة ثم خلطها وأخرج واحدة واحدة كل منهما على اسم واحد من الشركاء فاذا تمت القرعة لزمت القسمة للشركاء. وفيه وجه لا يلزمه فيما فيه رد حتى يتراضيا به بعد القسمة لأنها بيع اذا دخلها الرد فيشترط لها التراضى (ومنها) اذا تداعى اثنان عينا بيد ثالث فاقر بها لأحدهما مبهما وقال لا أعلم عينه فانه يقرع بينهما فمن قرع فهى له، وهل يحلف؟ على وجهين ذكرهما أبو بكر. والمنصوص عن أحمد أن عليه اليمين وعليه حمل حديث أبى هريرة إذا أحب الرجلان اليمين أو كرهاها فليستهما عليه لكنه قال إذا كرها اليمين وخرجت القرعة لأحدهما فهى له بغير يمين. ولا فرق بين أن يكون وديعة أو عارية أو رهنا أو بيعا مردوداً بعيب أو خيار أو غيرهما نص عليه فى المردود فى رواية ابن منصور. وإن قال من هى فى يده ليست لى ولا اعلم لمن هى؟ ففيها ثلاثة أوجه. احدها يقترعان عليها كالواقر بها لأحدهما مبهما. والثانى يجعل عند أمين الحاكم. والثالث تقر فى يد من هى فى يده والاول ظاهر كلام الامام احمد فى رواية صالح وابى طالب وابى النصر وغيرهم. والوجهان الآخران مخرجان من مسئلة من هى فى يده شىء معترف بأنه ليس له ولا يعرف مالكه فادعاه معين فهل يدفع اليه أم لا؟ وهل تقر بيد من هو فى يده ام ينتزعه الحاكم فيه خلاف (ومنها) إذا تداعا اثنان عيناً ليست فى يد أحد [هما] ففيها وجهان. أحدهما يقسم بينهما كالتى بايديهما. والثانى يقرع بينهما فيعطى لمن قرع كما لو كانت بيد ثالث وهو ظاهر كلام أحمد فى رواية صالح فى اثنين تداعيا كيساً ليست أيديهما عليه أنهما يستهمان عليه فمن خرج سهمه فهو له مع يمينه ولم يفرق بين أن يكون فى يد غيرهما أولا يكون فى يد واحد منهما (ومنها) إذا تعارضت البينتان ففى المسئلة ثلاث روايات. إحداهن يسقطان بالتعارض ويصيران كمن لا بينة لهما والثانية يستعملان بقسمة العين بينهما بغير يمين. والثالثة يرجح أحداهما بالقرعة فمن قرع حلف وأخذ العين هكذا حكى القاضي فى بعض كتبه هذه الرواية وتبعه عليها كثير من الأصحاب وأنكرها فى كتاب المجرد

والخلاف وقال انما معناها ان البينتين يسقطان بالتعارض وتصير العين فى يد غيرهما المتداعيين فيقرع بينهما على ما تقدم وصرح أحمد بهذا المعنى فى رواية حنبل فقال لو أقاما البينة جميعا سقطت البينتين جميعاً لأن كل واحدة منهما قد أكذبت صاحبتها ويستهمان على اليمين ، وحكى ابن شهاب فى عيون المسائل رواية أخرى أنه يوقف الأمر حتى يتبين أو يصطلحا عليه، ولو كانت العين المتنازع فيها بيد أحدهما فلا تعارض بل تقدم بينة الخارج فى أشهر الروايتين وفى الأخرى بينة الداخل، إلا أن يكون التنازع فى سبب اليد بان يدعى كل منهما أنه اشتراها من زيد أو إتهبها منه ويقيم بذلك بينة ففيه روايتان أحداهما أنه كبينة الداخل والخارج على ماسبق وهى المذهب عند القاضى. والثانية يتعارضان لأن سبب اليد هو نفس المتنازع فيه فلا تبقى مؤثرة لأنهما اتفقا على أن ملك هذه الدار لزيد وعنه هو متلقى فلذلك لم يبق لليد تأثير لأنه قد علم مستندها وهو الشراء الذى عورض بمثله، وهذه الرواية اختيار أبى بكر وابن أبى موسى وصاحب المحرر . واختار أبو بكر هاهنا وابن أبى موسى انه يرجح بالقرعة ونص عليه احمد فى رواية ابن منصور فى رجل باع ثوباً فجاء رجل فأقام البينة انه اشتراه بمائة وأقام الآخر البينة انه اشتراه بمائتين والبائع يقول بعته بمائتين والثوب فى يد البائع بعد . قال ليس قول البائع بشىء يقرع بينهما فمن أصابته القرعة فهو له بالذى ادعى انه اشتراه به . قلت : فان كان الثوب فى يد أحدهما ولا يدرى أيهما اشتراه أول قال لا ينفعه ما فى يده إذا كان مقراً أنه اشتراه من فلان فلا ينفعه ما فى يده، والعجب أن القاضى فى المجرد حكى هذا النص عن أحمد وذكر انه أجاب بقسمة الثوب بينهما نصفين ثم تأوله على انه كان فى أيديهما وانما أجاب أحمد فيه بالقرعة كما ذكرناه وانما المجيب بالقسمة سفيان الثورى فان اسحاق ابن منصور يذكر لاحمد أولا المسألة وجواب سفيان فيها فيجيبه أحمد عنها بعد ذلك بالموافقة أو بالمخالفة فربما يشتبه جواب أحمد بجواب سفيان وقد وقع ذلك للقاضى كثيراً فلينبه لذلك وليراجع كلام أحمد من أصل مسائل ابن منصور، ووقع فى الارشاد لابن أبى موسى فى هذه المسألة كما وقع للقاضى فانه نقل عن أحمد انه إذا كان الثوب فى يد البائع فهو بينهما نصفين وان كان فى يد أحدهما أقرع بينهما وهو وهم أيضاً . وذكر الشيخ تقى الدين أن مقتضى المذهب انه اذا شهدت البينتان بالعقدين أو الاقرارين أو الحكمين ان يصدق البينتان به ان علم السابق والا كان بمنزلة أن تشهد بينة واحدة بالعقدين ولا يعلم السابق منهما فهنا اما ان يقرع أو يبطل العقدان فلا يبقى هنا عقد صحيح يحكم به فيقر فى يد ذى اليد وتكون الدعوى حينئذ لمن انتقل عنه على صاحب اليد قال وقياس المذهب فيما اذا اشتبه أسبق عقدى البيع أن يفسخهما الا اذا تعذر موجب الفسخ من رد الثمن ونحوه فانه يقرع لأن من أصلنا أنه إذا اشتبه المالك بغير المالك أو الملك بغير الملك

الملك فأنا نقرع فاذا أمكن فسخ العقد ورد كل مال الى صاحبه فهو خير من حظر القرعة (ومنها) الاقراع فى العتق وهو أشهر ماوردت فيه السنة بالاقراع فيه ويندرج تحته صور كثيرة (فمنها) اذا أعتق فى مرضه عبيده أو دبرهم ولم يخرجوا من ثلثه فانه يقرع بينهم فيعتق منهم بقدر الثلث نص عليه أحمد فى رواية جماعة قال القاضى ويكون العتق مراعى فان مات ولم يجز الورثة تبينا أن الحر منهم اثنان مثلا وأن العتق كان واقعا عليهما دون غيرهما ولكنهما كانا غير معينين وانما تميزا وتعينا بالقرعة كما يتميز ويتعين الحقوق المشتركة فى العقار وغيره بالاقراع فى القسمة وغيرها ويستثنى من هذا صور لا إقراع فيها ذكرها الأصحاب (أحدها) اذا كان عتق أحد العبدين مرتبا على الآخر بان قال ان أعتقت سالماً فغانم حر فانه يعتق سالم وحده اذا عتقه ولا يقرع لأن القرعة قد تفضى الى عتق غانم وحده فيلزمه منه ثبوت المشروط بدون شرطه (والثانية) اذا قال فى مرضه اعتقوا سالماً ان خرج من الثلث والا فاعتقوا منه ماعتق وقال أيضاً اعتقوا غانماً ان خرج من الثلث والا فاعتقوا منه ماعتق قال الأصحاب يعتق من كل واحد نصفه مع تساوى قيمتهما لأنه لم يقصد بالوصية تكميل الحرية فى كل واحد فلم يقرع كما لو قال اعتقوا نصف سالم والا فنصف غانم (والثالثة) اذا أعتق أمة حاملا فى مرض موته ولم يتسع الثلث لها ولحملها قالوا لا يجوز الاقراع لأن الحمل تبع لامه وجزء منها فلا يجوز افراده بالعتق دونها والقرعة قد تفضى الى ذلك ولا ان تعتق هى دون حملها اذا استوعبت قيمتها الثلث لان الولد تبع لها وعتقه ملازم لعتقها فلا يمكن أن يعتق منها شىء ولا يعتق منه مثله فيتعين ان يعتق منها ومن حملها بالحصة وذهب على بن ابى موسى الى ان الاقراع انما يدخل حيث كان العتق لمبهم غير معين وتشاح العبيد فيه فأما ان كان لمعين فلا اقراع وكذا ان لم يتشاح فيه العبيد وحكى عن ابى بكر فى خلافه مايوافق ذلك فعلى هذا إذا وصى بعتق عبيده ولم يجز الورثة اعتقوا منهم بمقدار الثلث فان تشاح العبيد فى العتق أقرع بينهم فعتق من وقع عليه سهم الحرية منهم وكذلك لو دبرهم ذكره ابن أبى موسى وذكر هو وأبو بكر فيما اذا شهدت بينة على مريض انه اعتق عبده هذا وشهدت أخرى انه اعتق عبده هذا انه يجب العتق لهما ويتحاص فيه العبدان قال أبو بكر لأن القرعة انما تجب اذا كان أحدهما حراً والآخر عبداً يعنى اذا كان العتق لواحد لا للجميع وهذا مناقض لما ذكره ابن أبى موسى فى تدبيرهم كلهم إلا أن نقول تدبيرهم يقع موقوفا مراعاً كعتقهم المنجز فى مرضه فيعتق منهم من عدم الاجازة قدر الثلث وهو مبهم فيميز بالقرعة بخلاف ما إذا أعتق عبدين معينين وهو ضعيف فانه لافرق بين أن يكون العبيد جميع ماله أو نصفه مثلا اذ لابد من الرد الى الثلث وقد نقل ابن منصور عن أحمد فيمن قال فى مرضه اعتقوا عنى أحد عبدى هذين انه يعتق أحدهما

فان تشاحا فى العتق يقرع بينهما وانما قال يعتق أحدهما ابتداء لأنه وصية فالواجب فيها مايصدق عليه الاسم كما لو وصى باحدهما لزيد (ومنها) لو أعتق أحد عبيده فانه يعين بالقرعة ويتخرج وجه آخر انه يعتقه بتعيينه من الرواية السابقة فى الطلاق ولو اعتق عبدا من عبيده ثم انسيه أوجهله ابتداء كمسئلة الطائر المشهورة فانه يخرج بالقرعة ايضا ويتخرج وجه آخر انه لايقرع هاهنا من الطلاق واشار اليه بعض الاصحاب لكن قياس الرواية المذكورة فى الطلاق انه يقرع فمن خرجت له القرعة عتق ويستدام الملك فى غيره إلا أنه لايستباح وطىء شىء منهن اذا كن إماء ولو قال رجل ان كان هذا الطائر غراباً فعبدى حر وقال آخر ان لم يكن غرابا فعبدى حر وجهل أمره فالمشهور أنه لا يعتق واحد من العبدين فان اشترى أحد المالكين عبد الآخر ففيه وجهان. أحدهما يعتق ما اشتراه لأن استدامته لاسترقاق عبده اقراراً منه بان عبد صاحبه هو الذى عتق فاذا اشتراه نفذ اقراره على نفسه فعتق عليه . والثانى أنه يعتق أحدهما غير معين ثم يميز بالقرعة وهو أصح لأن تمسكه بعبده انما كان استصحابا للاصل لاغير وأما الولاء فعلى الوجه الأول هو موقوف حتى يتصادقا على أمر يتفقان عليه وعلى الثانى أن وقعت الحرية على المشترى فكذلك وان وقعت على عبده فولاؤه له ويتوجه ان يقال يقرع بينهما فمن قرع فالولاء له كما تقدم مثل ذلك فى الولد الذى يدعيه أبوان وأولى لأن هاهنا انما عتق على واحد غير معين وهناك يمكن أن يكون الولد لهما وكذلك يقال لو كان عبد بين شريكين موسرين فقال احدهما ان كان الطائر غراباً فنصيبي حر وقال الآخر ان لم يكن غراباً فنصيبي حر فان العبد يعتق على احدهما وهو غير معلوم فيميز بالقرعة ويكون له الولاء (ومنها) لو قال لأمته اول ماتلدينه حر فولدت ولدين واشتبه اولهما خروجا فانه يميز بالقرعة نص عليه لأن العتق وقع على معين وجهل ابتداء ولو قال اول غلام لى يطلع فهو حر فطلع عبيده كلهم او قال لزوجاته ايتكن طلع أولا فهى طالق فطلعن كلهن فنص احمد على انه يميز واحد من العبيد وامرأة من الزوجات بالقرعة فى رواية مهنا واختلف الأصحاب فى هذا النص فمنهم من حمله على ان اطلاعهم كان مرتباً واشكل السابق فميز بالقرعة كمسئلة الولادة ومنهم من أقر النص على ظاهره وانهم طلعوا دفعة واحدة وقال صفة الأولية شاملة لكل واحد منهم بانفراده والمعتق انما أراد عتق واحد منهم فميز بالقرعة وهى طريقة القاضى فى خلافه ومن الأصحاب من قال يعتق ويطلق الجميع لأن الأولية صفة لكل واحد منهم ولفظه صالح للعموم لأنه مفرد [مضاف] أو يقال الأولية صفة للمجموع لا الافراد وهو الذى ذكره صاحب المغنى فى الطلاق ومنهم من قال لا تطلق ولا يعتق شىء منهم لأن الاول لايكون الافرداً لا تعدد فيه والفردية مشتبهة هنا وهو الذى ذكره القاضى وابن

عقيل فى الطلاق والسامرى وصاحب الكافى ، ويتخرج وجه آخر وهو أنه ان طلع بعدهم من عبيده وزوجاته طلقن وعتقن وإلا فلا بناء على أن الأول هو السابق لغيره فلا يكون اولا حتى يأتى بعده غيره فيتحقق له بذلك صيغة الاولية وهو وجه لنا ذكره ابن عقيل وغيره . وقريب من هذه المسئلة ماذكره ابن ابى موسى فى كتاب العتق فقال واختلف قوله فى الرجل يقول لعبيده أيكم جاءنى بخبر كذا فهو حر فاتى بذلك الخبر اثنان معاً أو أكثر على روايتين قال فى احداهما قد عتق واحد منهم فيقرع بينهم فمن قرع صاحبه فقد عتق وقال فى الأخرى فقد عتقا جميعاً انتهى . فأما وجه عتقهما جميعا فظاهر لأن أيا من صيغ العموم وأما وجه عتق أحدهما بالقرعة فهو أن المتبادر الى الافهام من هذا التعليق الخصوص وانه انما أريد به عتق واحد يجىء بالخبر فيصير عموم هذا اللفظ عموم بدليله لاعموم شمول فلا يعتق به أكثر من واحدة فاذا اجتمع اثنان على الاتيان بالخبر اعتق أحدهما بالقرعة وليس هذا كما لو قال لزوجاته أيتكن خرجت فهى طالق فاذا خرجن جميعاً طلقن لأن الخروج بالنسبة الى الجميع سواء وأما الاخبار فالمقصود منه يحصل من أحد المخبرين فلاحاجة الى الآخر ، ولهذا قلنا على أحد الوجوه وهو قول القاضى انه لو قال لزوجاته من اخبرنى منكن بكذا فهى طالق فاخبرنه متفرقات أنه لا يطلق منهن إلا الأولى لأن مقصوده من الاخبار وهو الاعلام حاصل بها . ولهذا لو قال من دخل دارى فله درهم فدخل جماعة فلكل واحد منهم درهم ولو قال من جاءنى فله درهم فجاءه جماعة فلهم درهم واحد بينهم ذكره القاضى فى كتاب أحكام القرآن قال لأن الشرط وجد من الجماعة وجوداً واحداً بخلاف دخول الدار فان كل واحد وجد منه دخول كامل ، ولو قال رجل من سبق فله كذا فسبق اثنان معاً ففيه وجهان . احدهما السبق المذكور بينهما كما لو قال من رد ضالتى فله كذا فردها جماعة . والثانى لكل منهم سبق كامل لانه سابق بانفراده ، وحاصل الأمر فى هذا الباب أن المعلق عليه تارة يكون شيئا واحداً لاتعدد فيه كرد الآبق ونحوه فلا يتعدد المشروط بعدد المحصلين له لأنهم اشتركوا فى تحصيل شىء واحد فاشتركوا فى استحقاق المرتب عليه وتارة يكون قابلا للعدد وهو نوعان . احدهما مايكون التعدد فيه مقصودا لدخول الدار ونحوه فيتعدد الاستحقاق على الصحيح كما اذا قال من دخل دارى فهو حر أو فله درهم أو فهى طالق وكذلك تجىء على هذا اذا قال من جاءنى فله درهم لأن تعدد الاثنين مطلوب بخلاف ماذكره القاضى . ومسألة السبق قد يقال هى من هذا النوع وقد يقال السبق إنما حصل من المجموع لا من كل فرد منهم أو كل فرد منهم ليس سابق للباقين بل هو سابق لمن تأخر عنه ومساو لمن جامعه فالمتصف بالسبق هو المجموع لا كل فرد منهم فلذلك استحقوا

جعلا واحدا وهـذا اظهر . والنوع الثانى مالا يكون التعدد فيه مقصودا كالاتيان بالخبر فهل يشترك الآتون به فى الاستحقاق أم يختص بهواحد منهم ويميز بالقرعة فيه الخلاف الذى ذكره ابن ابى موسى . والذى نقله صالح عن أحمد أنه يعتق الجميع ونقل حنبل أنه يعتق واحد منهم بالقرعة ، وحمل ابو بكر رواية صالح على أنه أراد العموم ورواية حنبل على أنه أراد واحدا غير معين وما ذكرنا أشبه . وعلى هـذا يتخرج مسئلة أو لـكن يطلع على اذا قيل إن الأولية صفة لـكل واحد من المجتمعين لأن هذا التعليق لم يقصدبه الا واحدا غير معين لم يرد به الجميع وأما إن قيل الأولية صفة للمجموع يوجه وقوع العتق والطلاق (ومنها) لو اشتبه عبده بعبيد غيره قال القاضى قياس المذهب أنه يعتق عبده الذى يملكه عن واجب وغيره ثم يقرع بينهم فيخرج عبده بالقرعة ، ولو اشتبهت زوجته بأجانب فطلقها فله اخراجها بالقرعة ونكاح البواقى على قياس ما ذكره الأصحاب فيمن أسلم على أكثر من أربع فطلق الجميع ثلاثا أنه يخرج أربعا بالقرعة ثم ينكح البواقى ، ولو اشتبهت اخته بأجنبيات فقال القـاضى فى خلافه لايمتنع التميز بالقرعة كما لو زوج احدى بناته برجل واشتبهت فيهن فانها تميز بالقرعة على المنصوص . وفى عمد الأدلة لابن عقيل لو اختلط عبده باحرار لم يقرع ولو اختلط من اعتقه وله عتقه ومن لايملك عتقه الا باجازة جاز أن يقرع بينهما لأن القرعة لاتعمل فى آكد التحريمين وتعمل فى أيسرهما .

فصـــل

وهذه فوائد تلحق بالقواعد وهى فوائد مسائل مشتهرة فيها اختلاف فى المذهب ، ينبنى على الاختلاف فيها فوائد متعددة

١ ــ (الأولى) فمن ذلك مايدركه المسبوق فى الصلاة هل هو آخر صلاته أو أولها وفى هذه المسئلة روايتان عن الامام أحمد . احدهما مايدركه آخر صلاته وما يقضيه اولها وهو ظاهر المذهب والثانية عكسها ولهذا الاختلاف فوائد (احداها) محل الاستفتاح فعلى الأولى يستفتح فى أول ركعة يقضيها إذ هى أول صلاته نقلها حرب وفى شرح المذهب للقاضى لايشرع الاستفتاح فيها لفوات محله وعلى الثانية يستفتح فى أول ركعة يدركها لأنها اولته نقلها ابن حزم (الفائدة الثانية) التعوذ فعلى الأولى يتعوذ اذا قام للقضاء خاصة وعلى الثانية يتعوذ فى أول ركعة يدركها وهذا بناء على قولنا إن التعوذ يختص بأول ركعة فأما على قولنا هو مشروع فى كل ركعة فتلغى هذه الفائدة (الفائدة الثالثة) هيئة القراءة فى الجهر والاخفات فاذا فاتته الركعتان الأولتان من المغرب أو

العشاء جهر فى قضائهمامن غير كراهة نص عليه فى رواية الاثرم وان ام فيهما وقلنا بجوازه سن له الجهر وهذا على الرواية الاولى وعلى الثانية لاجهر ها هنا (الفائدة الرابعة) مقدار القراءة وللاصحاب فى ذلك طريقان . احدهما انه اذا ادرك ركعتين من الرباعية فانه يقرأ فى المقضيتين بالحمد وسورة معها على كلا الروايتين . قال ابن ابى موسى لايختلف قوله فى ذلك وذكر الخلال ان قوله استقر على ذلك وفى المغنى هو قول الأئمة الاربعة لا نعلم عنهم فيه خلافا . والطريق الثانى بناؤه على الروايتين فان قلنا ما يقضيه أول صلاته فكذلك والا اقتصر فيه على الفاتحة وهى طريقة القاضى ومن بعده وذكره ابن ابى موسى تخريجا وقد نص عليه احمد فى رواية الأثرم وأومأ اليه فى رواية حرب وغيره وانكر صاحب المحرر الطريقة الأولى وقال لا يتوجه إلاعلى رأى من رأى قراءة السورة فى كل ركعة أو على رأى من رأى قراءة السورتين فى الآخرتين اذا نسيهما فى الاولتين . قلت وقد اشار احمد الى مأخذ ثالث وهو الاحتياط للتردد فيهما وقراءة السورة سنة موكدة فيحتاط لها اكثر من الاستفتاح والاستعاذة ولو ادرك من الرباعية ركعة واحدة فان قلنا ما يقضيه اولى صلاته قرأ فى الاولتين من الثلاثة بالحمد وسورة وفى الثالثة بالحمد وحدها . ونقل عنه الميمونى يحتاط ويقرأ فى الثلاث بالحمد وسورة قال الخلال رجع عنها احمد .

(الفائدة الخامسة) قنوت الوتر اذا ادركه المسبوق مع من يصلى الوتر بسلام واحد فانه يقع فى محله ولا يعيده ان قلنا ما يدركه آخر صلاته وان قلنا اولها اعاده فى آخر ركعة يقضيها .

(الفائدة السادسة) تكبيرات العيد الزوائد اذا ادرك المسبوق الركعة الثانية من العيد فان قلنا هى اول صلاته كبر خمسا فى المقضية وإلا كبر سبعاً (الفائدة السابعة) اذا سبق ببعض تكبيرات صلاة الجنازة فان قلنا ما يدركه آخر صلاته تابع الامام فى الذكر الذى هو فيه ثم قرأ فى اول تكبيرة يقضيها وان قلنا ما يدركه اول صلاته قرأ فيها بالفاتحة (الفائدة الثامنة) محل التشهد الاول فى حق من ادرك من المغرب او الرباعية ركعة وفى المسئلة روايتان . احداهما يتشهد عقيب قضاء ركعة . والثانية عقيب ركعتين نقلها حرب . والاولى اختيار ابى بكر والقاضى وذكر الخلال ان الرويات استقرت عليها ، واختلف فى بناء الروايتين فقيل على الروايتين فى اصل المسئلة ان قلنا ما يقضيه أول صلاته لم يجلس الا عقيب ركعتين وان قلنا هو آخرها تشهد عقيب ركعة لانها ثانيته وهذه طريقة ابن عقيل فى فصوله واومأ اليها احمد فى رواية حرب . وقيل ان الروايتين على قولنا ما يدركه آخر صلاته وهى طريقة صاحب المحرر وغيره ونص احمد على ذلك صريحا فى رواية عبد الله والبرانى مفرقا بين القراءة والتشهد وعلل فى رواية عبد الله بانه

احتاط بالجمع من مذهب ابن مسعود فى الجلوس عقيب ركعة وهو مذهب ابن عمر فى القراءة فى الركعتين وقد صح عن ابن مسعود انه يجلس عقيب ركعة مع قوله ان ما ادركه مع الامام آخر صلاته نقله عنه احمد . وزعم صاحب المغنى ان الكل جائز ويرده ما نقله مهنا عن احمد انه اذا جلس عقيب ركعتين سجد للسهو فجعله كتارك التشهد الاول ، ومما يحسن تخريجه على هذا الخلاف ولم نجده منقولا تطويل الركعة الاولى على الثانية وترتيب السورتين فى الركعتين فأما رفع اليدين اذا قام من التشهد الاول اذا قلنا باستحبابه فيحتمل أن يرفع اذا قام الى الركعة المحكوم بانها ثالثه سواء قام عن تشهد أو غيره ويحتمل ان يرفع اذا قام من تشهده الاول المعتد به سواء كان عقيب الثانية أو لم يكن لانه محل هذا الرفع هو القيام من هذا التشهد فيتبعه حيث كان وهذا اظهر والله اعلم

٢- (الثانية) الزكاة هل تجب فى عين النصاب أو ذمة مالكه. اختلف الاصحاب فى ذلك على طرق . (احداها) ان الزكاة تجب فى العين رواية واحدة وهى طريقة ابن ابى موسى والقاضى فى المجرد (والثانية) ان الزكاة تجب فى الذمة رواية واحدة وهى طريقة ابى الخطاب فى الانتصار وصاحب التلخيص متابعة للخرقى (والثالثة) انها تجب فى الذمة وتتعلق بالنصاب وقع ذلك فى كلام القاضى وابى الخطاب وغيرهما وهى طريقة الشيخ تقى الدين (والرابعة) أن فى المسئلة روايتين . احداهما تجب فى العين والثانية فى الذمة وهى طريقه كثير من الأصحاب المتأخرين وفى كلام ابى بكر فى الشافى مايدل على هذه الطريقة ولكن آخر كلامه يشعر بتنزيل القولين على اختلاف حالين وهما يسار المالك واعساره فان كان موسرا وجبت الزكاة فى ذمته وان كان معسرا وجبت فى عين ماله وهو غريب وللاختلاف فى محل التعلق هل هو العين أو الذمة فوائد كثيرة (الاولى) اذا ملك نصابا واحدا ولم يؤد زكاته احوالا فان قلنا الزكاة فى العين وجبت زكاة الحول الاول دون مابعده ونص عليه احمد واختاره اكثر الأصحاب لأن قدر الزكاة زال الملك فيه على قول وعلى آخر ضعف الملك فيه لاستحقاق تملكه والمستحق فى حكم المؤدى فصار كالمنذور سواء فان المنذور يجوز عندنا ابداله بمثله وهذا كذلك وان قلنا الزكاة فى الذمة وجبت لكل حول إلا إذا قلنا ان دين الله عز وجل يمنع الزكاة وقال السامرى يتكرر زكاته لكل حول على القولين وتأول كلام احمد بتأويل فاسد وهذا فيما كانت زكاته من جنسه فاما ان كانت من غير جنسه كالابل المزكاة بالغنم تكررت لكل حول على كلا القولين نص عليه معللا بانه لم يستحق اخراج جزء منه فيبقى الملك فيه تاماً وهذا ماذكر الخلال وابن ابى موسى والقاضى والاكثرون وذكر الشيرازى فى المبهج انه كالاول لايجب سوى زكاة واحدة ومتى استأصلت الزكاة المال سقطت بعد ذلك صرح به فى التلخيص ونص احمد فى رواية مهنا على

وجوبها فى الدين بعد استغراقه بالزكاة، فاما ان يحمل ذلك على القول بالوجوب فى الذمة واما ان يفرق بين الدين والعين بان الدين وصف حكمى لاوجود له فى الخارج فتتعلق زكاته بالذمة رواية واحدة ولكن نص احمد فى رواية غير واحد على التسوية بين الدين والعين فى امتناع الزكاة فيما بعد الحول الاول ، وصرح بذلك ابو بكر وغيره « تنبيه » تعلق الزكاة بالعين مانع من وجوب الزكاة فى الحول الثانى وما بعده وهل هو مانع من انعقاد الحول الثانى ابتداء فيه وجهان. احدهما انه مانع منه لقصور الملك فهو كدين الآدمى وأولى لتعلقه بالعين وهو قول القاضى فى شرح المذهب وصاحب المغنى . والثانى أنه غير مانع من الانعقاد وهو قول القاضى فى المجرد وابن عقيل ونقل صاحب المحرر الاتفاق عليه وهو ظاهر ما ذكره الخلال فى الجامع واورد عن احمد من رواية حنبل ما يشهد له فلو اخرج الزكاة الأولى من غير النصاب فى اثناء الحول الثانى بنى الحول الثانى على الأول من غير فصل بينهما على هذا وعلى الأول يستأنفه من حين الاخراج ويتبنى على هذين الوجهين مسئلة معروفة فى باب الخلطة والله اعلم (الفائدة الثانية) اذا تلف النصاب أو بعضه قبل التمكن من اداء الزكاة وبعد تمام الحول فالمذهب المشهور ان الزكاة لاتسقط بذلك الازكاة الزروع والثمار اذا تلفت بجائحة قبل القطع فيسقط زكاتها اتفاقا لا نتفاء التمكن من الانتفاع ، بها وخرج ابن عقيل وجها بوجوب زكاتها ايضا وهو ضعيف مخالف للاجماع . وعن احمد رواية ثانية بالسقوط فنهم من قال هى عامة فى جميع الاموال ومنهم من خصها بالمال الباطن دون الظاهر ومنهم من عكس ذلك ومنهم من خصها بالمواشى . واختلفوا فى مأخذ الخلاف على طريقين . أحدهما أنه البناء على الخلاف فى محل الزكاة فان قيل هو الذمة لم يسقط والا سقطت وهو طريق الحلوانى فى التبصرة والسامرى وقيل إنه ظاهر كلام الخرقى وفى كلام أحمد إيماء اليه أيضا . والطريق الثانى عدم البناء على ذلك وهو طريق القاضى والأكثرين فوجه استقرار الوجوب مطلقا انما إن قلنا التعلق بالذمة فظاهر وان قلنا بالعين فلأن وجوبها كان شكرا لنعمه ثم سببها وهو النصاب الباقى النامى وشرطها وهو الحول فاستقر وجوبها بتمام الانتفاع بهذا المال حولا كالأجرة المعينة المستقرة بانقضاء مدة الاجارة وأيضا فمنهم من قال تعلقها بالعين ولايبقى تعلقها بالذمة فهى كدين الرهن ووجه السقوط مطلقا أنا ان قلنا تعلقها بالعين فواضح كالأمانات والعبد الجانى وان قلنا بالذمة فالوجوب انما يستقر فيها بالتمكن من الفعل كالصلاة على رواية، يوضحه أن الزكاة وجبت مساواة للفقراء من المال فيسقط بتلفه وفقر صاحبه واختار السقوط مطلقا صاحب المغنى (الفائدة الثالثة) اذا مات من عليه زكاة ودين وضاقت التركة عنهما

فالمنصوص عن أحمد أنهما يتحاصان نقله عنه أحمد بن القاسم وحرب ويعقوب بن بختان . واختلف الأصحاب فى ذلك فمنهم من أقر النص على ظاهره وأجرى المحاصة على كلا القولين فى محل الزكاة لانا إن قلنا هو الذمة فقد تساويا فى محل التعلق وفى أن كلا منهما حقاً لآدمى وتمتاز الزكاة بانها من حق الله عز وجل وان قلنا العين فدين الآدمى يتعلق بعد موته بالتركة أيضا فيتساويان وهذه طريقة ابى الخطاب وصاحب المحرر، ومنهم من حمل النص بالمحاصة على القول بتعلق الزكاة بالذمة لاستوائها فى محل التعلق فأما على القول بتعلقها بالنصاب فتقدم الزكاة لتعلقها بالعين كدين الرهن وهذه طريقة القاضى فى المجرد والسامرى. وفى كلام أحمد إيماء اليها ومن الأصحاب من وافق على هذا البناء لكن بشرط أن يكون النصاب موجوداً إذ لا تعلق بالعين إلا مع وجوده فأما مع تلفه فالزكاة فى الذمة فيساوى دين الآدمى وهذا تخريج فى المحرر مع أن صاحبه ذكر فى شرح الهداية أن النصاب متى كان موجوداً قدمت الزكاة سواء قلنا يتعلق بالعين أو بالذمة لا تعلق بسبب المال يزداد بزيادته وينقص بنقصه ويختلف باختلاف صفاته والزكاة من قبل مون المال وحقوقه ونوائبه فيقدم كذلك على سائر الديون ، وحمل نص أحمد بالمحاصة على حالة عدم النصاب . فاما ان كان المالك حياً وافلس فظاهر كلام أحمد فى رواية ابن القاسم انه يقدم الدين على الزكاة لأن تأخر اخراج الزكاة سائغ للعذر وهو محتاج هاهنا الى اسقاط مطالبة الآدمى له وملازمته وحبسه فيكون عذراً له فى التأخر بخلاف ما بعد الموت فانه لو قدم دين الآدمى لفاتت الزكاة بالكلية وظاهر كلام القاضى والاكثرين أنه تقدم الزكاة حتى فى حالة الحجر وهذا قد يتنزل على القول بالوجوب فى العين إلا أن صاحب شرح الهداية صرح بتقديمها على كلا القولين مع بقاء النصاب كقوله فيما بعد الموت على ماسبق

(الفائدة الرابعة) اذا كان النصاب مرهونا ووجبت فيه الزكاة فهل تؤدى زكاته منها هاهنا حالتان . إحداهما أن لا يكون له مال غيره يؤدى منه الزكاة فتؤدى الزكاة من عينه صرح به الخرقى والأصحاب وله مأخذان . أحدهما أن الزكاة ينحصر تعلقها بالعين ودين الرهن يتعلق بالذمة والعين فيقدم عند التزاحم ما اختص تعلقه بالعين كما يقدم حق الجانى على المرتهن اذا لحق المنحصر فى العين يفوت بفواتها بخلاف المتعلق بالذمة مع العين فانه يستوفى من الذمة عند فوات العين وهذا مأخذ القاضى وفيه ضعف فان الزكاة عندنا لا تسقط بتلف النصاب مطلقا بل تتعلق بالذمة حينئذ فهى اذا كدين الرهن ، والاظهر فى هذا ان يقال تعلق الزكاة قهرى وتعلق الرهن اختيارى والقهرى اقوى كالجناية أو يقال هو تعلق بسبب المال وتعلق الرهن بسبب خارجى والتعلق بسبب المال يقدم كجناية العبد المرهون على هذا المأخذ متى قيل يتعلق الزكاة بالذمة خاصة لم يقدم على حق المرتهن لتعلقه بالعين

وصرح به بعض المتأخرين و المأخذ الثانى ان النصاب سبب دين الزكاة يقدم دينها عند مزاحمة غيره من الديون فى النصاب كما يقدم من وجد عين ماله عند رجل افلس وهذا أخذ صاحب التلخيص وعلى هذا فلا يفرق الحال بين قولنا تتعلق الزكاة بالذمة او بالعين . الحالة الثانية ان يكون للمالك مال يؤدى منه الزكاة غير الرهن فليس له اداء الزكاة منه بدون اذن المرتهن على المذهب وذكره الخرقى ايضا لان تعلق حق المرتهن مانع من تصرف الراهن فى الرهن بدون اذن والزكاة لا يتعين إخراجها منه وذكر السامرى انه متى قلنا الزكاة تتعلق بالعين فله اخراجها منه ايضا لانه تعلق قهرى وينحصر فى العين فهو كحق الجناية (الفائدة الخامسة) التصرف فى النصاب أو بعضه بعد الحول ببيع او غيره والمذهب صحته ونص عليه احمد قال الاصحاب وسواء قلنا الزكاة فى العين أو فى الذمة وذكر ابو بكر فى الشافى أنا ان قلنا الزكاة فى الذمة صح التصرف مطلقا وان قلنا فى العين لم يصح التصرف فى مقدار الزكاة وهذا متوجه على قولنا ان تعلق الزكاة تعلق شركة او رهن صرح به بعض المتأخرين وترك ابو بكر على هذا الاختلاف الروايتين المنصوصتين عن احمد فى المرأة اذا وهبت زوجها مهرها الذى لها فى ذمته فهل تجب زكاته عليه أو عليها قال فان صححنا هبة المهر جميعه فعلى المرأة اخراج زكاته من مالها وان صححنا الهبة فيما عدا مقدار الزكاة كان قدر الزكاة حقا للمساكين فى ذمة الزوج فيلزمه أداؤه اليهم ويسقط عنه بالهبة ما عداه وهذا بناء غريب جداً . وعلى المذهب فلو باع النصاب كله تعلقت الزكاة بذمته حينئذ بغير خلاف كما لو تلف فان عجز عن أدائها فطريقان . أحدهما ماقاله صاحب شرح الهداية ان قلنا الزكاة فى الذمة ابتداء لم يفسخ البيع كما لو وجب عليه دين لآدمى وهو موسر فباع متاعه ثم أعسر وان قلنا فى العين فسخ العقد فى قدرها تقديما لحق المساكين لسبقه . والثانى ما قاله صاحب المغنى انها تتعين فى ذمته كسائر الديون بكل حال ثم ذكر احتمالا بالفسخ فى مقدار الزكاة من غير بناء على محل التعلق (الفائدة السادسة) لو كان النصاب غائبا عن مالكه لا يقدر على الاخراج منه لم يلزمه اخراج زكاته حتى يتمكن من الأداء منه نص عليه أحمد فى رواية مهنا وصرح به الشيخ مجد الدين فى موضع من شرح الهداية لأن الزكاة مواساة فلا يلزم اداؤها قبل التمكن من الانتفاع بالمال المواسى منه ، ونص احمد فى رواية ابن تواب فيمن وجب عليه زكاة مال فأقرضه انه لا يلزمه آداء زكاته حتى يقبضه لأن عوده مرجو بخلاف التالف بعد الحول وهذا لعله يرجع الى ان اداء الزكاة لا يجب على الفور . وقال القاضى وابن عقيل يلزمه اداء زكاته قبل قبضه لأنه فى يده حكما ولهذا يتلف من ضمانه بخلاف الدين الذى فى ذمة غريمه وكذلك ذكر صاحب شرح الهداية فى موضع آخر واشار فى موضع

الى بناء ذلك على محل الزكاة فان قلنا الذمة لزمه الاخراج عنه من غيره لان زكاته لاتسقط بتلفه بخلاف الدين وان قلنا العين لم يلزمه الاخراج حتى يتمكن من قبضه والصحيح الاول ووجوب الزكاة عن الغائب اذا تلف قبل قبضه مخالف لكلام احمد (الفائدة السابعة) اذا أخرج رب المال زكاة حقه من مال المضاربة منه فهل يحسب ما اخرجه من رأس المال ونصيبه من الربح أم من نصيبه من الربح خاصة على وجهين معروفين بناهما بعض الأصحاب على الخلاف فى محل التعلق فان قلنا الذمة فهى محسوبة من الأصل والربح كقضاء الديون وان قلنا العين حسبت من الربح كالمؤونة لان الزكاة انما تجب فى المال النامى فيحتسب من نمائه ، ويمكن أن ينبنى على هذا الاصل ايضا الوجهان فى جواز اخراج المضارب زكاة حصته من مال المضاربة فان قلنا الزكاة تتعلق بالعين فله الاخراج منه والا فلا وفى كلام بعضهم ايماء الى ذلك واما حق رب المال فليس للمضارب تزكيته بدون اذنه نص عليه فى رواية المروذى اللهم الا ان يصير المضارب شريكا فيكون حكمه حكم سائر الخلطاء والله اعلم .

٣- [الثالثة] المستفاد بعد النصاب فى اثناء الحول ، هل يضم الى النصاب او يفرد عنه ؟ اذا استفاد مالا زكويا من جنس النصاب فى اثناء حوله فانه يفرد بحول عندنا ولكن هل نضمه الى النصاب فى العدد ونخالطه به ويزكيه زكاة خلطة أو يفرده بالزكاة كما أفرده بالحول فيه ثلاثة اوجه (أحدها) أنه يفرده بالزكاة كما يفرده بالحول وهذا الوجه مختص بما اذا كان المستفا نصابا أو دون نصاب ولا يعتبر فرض النصاب أما ان كان دون نصاب وتغير فرض النصاب لم يتأت فيه هذا الوجه صرح به صاحب شرح الهداية لانه مضموم الى النصاب فى العدد فيلزمه حينئذ جعل ماليس بوقص فى المال وقصا وهو ممتنع ويختص هذا الوجه أيضا بالحول الاول دون ما بعده لان ما بعد الحول الاول تجتمع مع النصاب فى الحول كله بخلاف الحول الاول صرح بذلك غير واحد وكلام بعضهم يشعر باطراده فى كل الاحوال وصرح القاضى ابو يعلى الصغير بحكاية ذلك وجها . والوجه الثانى أنه يزكى زكاة خلطة وصححه صاحب شرح الهداية كما لو اختلط نفسان فى اثناء حول وقد ثبت لاحدهما حكم الانفراد فيه دون صاحبه وزعم أن صاحب المغنى ضعفه فيه وانما ضعف الاول . والوجه الثالث أنه يضم الى النصاب فيزكى زكاة ضم وعلى هذا فهل الزيادة كنصاب منفرد أم الكل نصاب واحد على وجهين . أحدهما أنها كنصاب منفرد ولولا ذلك لزكى النصاب عقيب تمام حوله بحصته من فرض المجموع ولم يزك زكاة انفراد وهذا قول ابى الخطاب فى انتصاره وصاحب المحرر . والثانى أنه نصاب واحد وهو ظاهر كلام القاضى وابن عقيل وصاحب المغنى

وهو الأظهر وإنما زكاة النصاب زكاة انفراد لانفراده فى أول حوله الأول بخلاف الحول الثانى وما بعده فعلى هذا اذا تم حول المستفاد وجب اخراج بقية المجموع بكل حال لأنه بكمال حوله يتم حول الجميع . فيجب تتمة زكاته ولا يكون ذلك عن المستفاد بخصوصه ، وعلى الأول اذا تم حول المستفاد وجب فيه مابقى من فرض الجميع بعد إسقاط ماأخرج عن الأول منه إلا أن يزيد بقية الفرض على فرض المستفاد بانفراده أو نقص عنه أو يكون من غير جنس فرض الأول فانه يتعذر هاهنا وجه الضم ويتعين وجه الخلطة ويلغو وجه الانفراد أيضا على ماسبق وبهذا كله صرح صاحب شرح الهداية وبناه على أن المخرج عن المستفاد بخصوصيته. ويظهر فائدة اختلاف هذين الوجهين فى أنواع ثلاثة (النوع الأول) أن يكون تتمة فرض زكاة الجميع أكثر من فرض المستفاد لخصوصية مثل أن يملك خمسين من البقر ثم ثلاثين بعدها فاذا تم حول الأولى فعليه مسنة فاذا تم حول الثانية فعليه مسنة أخرى على الوجه الثانى وهو الأظهر وعلى الأول يمتنع الضم هنا لئلا يؤول الى ايجاب مسنة عن ثلاثين ويجب إما تبيع على وجه الانفراد أو ثلاثة ارباع مسنة على وجه الخلطة . (النوع الثانى) أن تكون تتمة الواجب دون فرض المستفاد بانفراده مثل أن يملك ستاً وسبعين من الابل ثم ستاً واربعين بعدها فاذا تم حول الأولى فعليه ابنتالبون فاذا تم حول الثانية فعلى الوجه الثانى يلزم تمام فرض المجموع وهو بنت لبون وعلى الأول يمنع ذلك لأن فرضه على الانفراد حقة فيزكى ما على الخلطة أو الانفراد . وهذا بعيد فان وجه الضم اذا اعتبر مع كون المستفاد يصير وقصا محضا يضمه الى النصاب إن كان فيه زكاة بانفراده فكيف لايعتبر اذا كان فرضه دون فرضه بانفراده .

(النوع الثالث) أن يكون فرض النصاب الأول المخرج عند تمام حوله من غير جنس فرض المجموع أو نوعه مثل أن يملك عشرين من الابل ثم خمسا بعدها فعلى الوجه الأول يمتنع الضم هاهنا لتعذر طرح المخرج عن الأول من واجب الكل وعلى الثانى وهو الأظهر يجب اخراج تتمة الزكاة وإن كان من غير الجنس لضرورة اختلاف الحولين لاسيما ونحن على أحد الوجهين نجبر بتشقيص الفرض لغير ضرورة كاخراج نصفى شاة عن أربعين أو حقتين وبنتى لبون ونصفا عن مائتين من الابل فهاهنا أولى . وعلى هذا فقد يتفق وجه الخلطة ووجه الضم على هذا التقدير حيث لم تكن زكاة الخلطة مفضية الى زيادة الفرض أو نقصه ، وقد يختلفان حيث أدى الاتفاق الى أحد الأمرين وسبب ذلك أن هذا النوع على ضربين . أحدهما أن لا يكون فى واحد منهما أعنى النصاب والمستفاد وقص ولا حدث من اجتماعهما وقص فيزكى كما تقدم وهو أن يأخذ فرضى الجميع فيخرج عند تمام حول المستفاد حصته منه ويتفق منها وجه الضم والخلطة فيوجب على الوجهين فيما اذا كان المستفاد خمساً من الابل

بعد عشرين خمس بنت مخاض وهو مقارب لشاة فان الشارع أوجب أربع شياه فى عشرين وبنت مخاض فى خمس وعشرين فتكون مقدرة فى خمس شياه وكذا لو استفاد عشرة من البقر بعد ثلاثين فانه يجب للزيادة ربع مسنة لأن التبيع مقابل لثلاثة أرباع مسنة والمسنة تعدل تبيعا وثلثا أبدا . (الضرب الثانى) أن يكون فى المال وقص أما حالة اجتماعه أو حالة انفراده فقط فيختلف هاهنا وجه الضم والخلطة فانا على وجه الضم نجمع من النصاب الأول ما تعلق به الفرض منه ويضم اليه تتمة نصاب المجموع من الباقى ثم يأخذ من فرض المجموع حصة هذه التتمة وهى بقية ما يتعلق به الفرض من مجموع المال ويجعل الباقى من المال إن بقى منه شىء كالمعدوم، فمثال ذلك والوقص موجود حالة الاجتماع لو ملك عشرين من الابل ثم تسعاً منها فاذا تم حول الثانية ضممت الى العشرين الاولى خمسا تكن خمسة وعشرين فرضها بنت مخاض وقد أخرجنا عن العشرين أربع شياه فيخرج عن الباقى خمس بنت مخاض ، وعلى وجه الخلطة يخرج عنها تسعة اجزاء من أصل تسعة وعشرين جزءاً من بنت مخاض ومثال الوقص موجود حالة الانفراد فقط لو ملك أربعة عشر من الابل ثم أحد عشر بعدها فاذا تم حول الأولى فعليه شاتان فاذا تم حول الثانية ضمها الى عشرة من الابل تتمة النصاب وهى عشر فاوجبنا فيها ثلاثة أخماس بنت مخاض لأن فيهما جميعا وقصا لم يؤد عنه والمال عند الاجتماع لا وقص فيه فيجب تادية زكاته كله فاذا كان قد أخرج عن بعضه وجب الاخراج عن جميع مالم يخرج عنه منه وعلى وجه الخلطة يجب فى الزيادة وحدها خمسان من بنت مخاض وخمس خمس بنت مخاض فاذا تعذر هذا فالمستفاد لا يخلو من أربعة أقسام .(الأول) أن يكون نصابا معتبرا للفرض مثل أن يملك أربعين شاة ثم احدى وثمانين بعدها ففى الاربعين شاة عند حولها فاذا تم حول الثانية فوجهان احدهما فيها شاة أيضا وهو متخرج على وجهى الضم والانفراد . والثانى فيها شاة واحد وأربعون جزءاً من أصل مائة وأحد وعشرين جزءاً من شاة وهو وجه الخلطة لأن ذلك حصة المستفاد من الشاتين الواجبتين فى الجميع . وذكر القاضى وابن عقيل وجماعة أن وجه الخلطة هنا كوجه الانفراد يجب فيه شاة أيضاً لئلا يفضى إلى إيجاب زيادة على فرض الجميع . وهو مردود بأنهم أوجبوا بالخلطة زيادة على فرض الجميع فى غير هذا الموضع (القسم الثانى) أن تكون الزيادة نصابا لا يغير الفرض كمن ملك أربعين شاة ثم أربعين بعدها ففى الأول إذا تم حولها شاة فاذا تم حول الثانية فثلاثة أوجه . أحدها لاشىء فيها وهو وجه الضم لأن الزيادة بالضم تصير وقصا . والثانى فيها شاة وهو وجه الانفراد . والثالث فيها نصف شاة وهو وجه الخلطة (القسم الثالث) أن تكون الزيادة لا تبلغ نصابا ولا تغير الفرض كمن ملك أربعين من الغنم ثم ملك بعدها عشرين ففى الأول

إذا تم حولها شاة فاذا تم حول الثانية فوجهان . أحدهما لا شيء فيها وهو متوجه على وجهى الضم والانفراد . والثانى فيها ثلث شاة وهووجه الخلطة (القسم الرابع) أن لا تبلغ الزيادة نصابا وتغير الفرض كمن ملك ثلاثين من البقر ثم عشراً بعدها فاذا تم حول الأولى ففيها تبيع فاذا تم حول الزيادة فقال الأصحاب يجب فيها ربع مسنة ولم يذكروا فيها خلافا ، ومنهم من صرح بنفى الخلاف كصاحب المحرر وعلل بان وجه الانفراد متعذر لما سبق وكذا وجه الضم لأنه يفضى على أصله إلى استثناء شيء وطرحه من غير جنسه وهو طرح التبيع من المسنة وهو متعذر فتعين وجه الخلطة وأما صاحب الكافى فظاهر كلامه أن هذا متمش على وجه الضم أيضاً بناء على أصله الذى تقدم من أن الكل نصاب واحد وفرضه مسنة وقد أخرج تبيعاً وهو يعدل ثلاثة أرباع مسنة فيجب إخراج بقية فرض المال وهو هنا ربع مسنة لأن التبيع يعدل ثلاثة أرباع المسنة كما سبق تقريره فتبيع وربع مسنة يعدل المسنة كاملة

٤ — [الرابعة] الملك فى مدة الخيار هل ينتقل إلى المشترى أم لا فى هذه مسألة روايتان عن الأمام أحمد أشهرهما انتقال الملك إلى المشترى بمجرد العقد وهى المذهب الذى عليه الأصحاب (والثانية) لا ينتقل حتى ينقضى الخيار فعلى هذه يكون الملك للبائع ومن الأصحاب من حكى أن الملك يخرج عن البائع ولا يدخل إلى المشترى وهو ضعيف وللروايتين فوائد عديدة (منها) وجوب الزكاة فاذا باع نصابا من الماشية بشرط الخيار حولا فزكاته على المشترى على المذهب سواء فسخ العقد أو أمضى وعلى الرواية الثانية الزكاة على البائع إذا قيل الملك باق له (ومنها) لو باعه عبداً بشرط الخيار وأهل هلال الفطر وهو فى مدة الخيار فالفطرة على المشترى على المذهب وعلى البائع على الثانية (ومنها) لو كسب المبيع فى مدة الخيار كسباً أو نما نماء منفصلا فهو للمشترى فسخ العقد أو أمضى وعلى الثانية هو للبائع (ومنها) مؤونة الحيوان والعبد المشترى بشرط الخيار يجب على المشترى على المذهب وعلى البائع على الثانية (ومنها) اذا تلف المبيع فى مدة الخيار فان كان بعد القبض أو لم يكن منها فهو من مال المشترى على المذهب وعلى الثانية من مال البائع (ومنها) لو تعيب المبيع فى مدة الخيار فعلى المذهب لا يرد بذلك إلا أن يكون غير مضمون على المشترى لانتفاء القبض وعلى الثانية له الرد بكل حال (ومنها) تصرف المشترى فى مدة الخيار فلا يجوز إلا بما يحصل به تجربته إلا أن يكون الخيار له وحده كذا ذكر الأصحاب والمنصوص عن أحمد فى رواية أبى طالب ان له التصرف فيه بالاستقلال وفرق بينه وبين وطء الأمة المشتراة بشرط من وجهين أحدهما ان ذلك فرج فيحتاط له . والثانى ان ذلك شرط وهذا خيار وهذا يدل على جواز تصرفه بما لا يمنع البائع

من الرجوع كالاستخدام والاجارةوانما يمنع من اخراجه من ملكه أو تعريضه للخروج بالرهن والتدبير والكتابة ونحوها هذا كله على المذهب ، وعلى الرواية الثانية يجوز التصرف للبائع وحده لأنه مالك ويملك الفسخ فان الخيار وقع لغرض الفسخ دون الامضاء فأما حكم نفوذ التصرف وعدمه فالمشهور فى المذهب أنه لاينفذ بحال الا بالعتق ونقل مهنا وغيره عن أحمد أنه موقوف على انقضاء مدة الخيار هذا إذا كان الخيار لهما فان كان للبائع وحده فكذلك فى تصرف المشترى الروايتين وحكى ابن أبى موسى رواية أخرى أنه ان أجازه البائع صح والثمن له وان رده بطل البيع وعلى المشترى استرداده فان تعذر فعليه قيمتهوان سرق أو هلك فهومن ضمان المشترى فحمل السامرى هذه الرواية على أن الملك لم ينتقل الى المشترى وآخرها يبطل ذلك . والصحيح أنها رواية بطلان التصرف من أصلها لكنها مفرعة أن الفسخ بالخيار رفع للعقد من أصله فيتبين به أن الملك كان للبائع وعلى أن تصرف الفضولى موقوف على اجازة المالك وان كان الخيار للمشترى وحده صح تصرفه ذكره أبو بكر والقاضى وغيرهما لانقطاع حق البائع هاهنا وظاهر كلام أحمد فى رواية حرب أنه لاينفذ حتى يتقدمه امضاء العقد وهو ظاهر كلام ابن أبى موسى أيضاً لقصور الملك فلو تصرف المشترى مع البائع والخيار لهما صح ذكره صاحب المغنى والمحرر ، وفى المجرد للقاضى احتمالان هذا كله تفريع على المذهب وهو انتقال الملك الى المشترى ، فاما على الرواية الأخرى فان كان الخيار لهما وللبائع وحده صح تصرف البائع مطلقاً لأن الملك له وهو بتصرفه مختار للفسخ بخلاف تصرف المشترى فانه يختار به الامضاء وحق الفسخ يقدم عليه (ومنها) الوطء فى مدة الخيار فان وطىء المشترى فلا شىء عليه لأن الملك له وان وطىء البائع فان كان جاهلا بالتحريم فلا حد عليه وان كان عالماً فالمنصوص عن أحمد فى رواية مهنا أنه يجب عليه الحد وهو اختيار أبى بكر وابن حامد والقاضى والأكثرين لأنه وطء لم يصادف ملكا ولا شبهة ملك وهو محرم بالاجماع فوجب به الحد كوطء المرتهن ومن الأصحاب من قيد ذلك بأن يعلم أن الملك لاينفسخ بوطئه اما ان اعتقد أنه ينفسخ بوطئه فلاحد لأن تمام الوطء وقع فى ملك فتمكنت الشبهة فيه . ومن الأصحاب من حكى رواية ثانية بعدم الحد مطلقاً ومال الى ذلك ابن عقيل وصاحبا المغنى والمحرر لوقوع الاختلاف فى حصول الملك له وفى انفساخ العقد بوطئه بل وبمقدمات وطئه فيكون الوطء حينئذ فى ملك تام وأما على الرواية الثانية فلا حد على البائع وعلى المشترى الخلاف (ومنها) ترتب موجبات الملك من الانعتاق بالرحم أو بالتعلق وانفساخ النكاح ونحوها فتثبت فى البيع بشرط الخيار عقيب العقد على المذهب . وعلى الثانية لايثبت إلا بعد

انقضائه ، ولو حلف لا يبيع فباع بشرط الخيار خرج على الخلاف أيضاً ذكره القاضى وأنكر الشيخ مجدالدين ذلك وقال بحنثه على الروايتين . فاما الأخذ بالشفعة فلا يثبت فى مدة الخيار على الروايتين عند أكثر الأصحاب ونص عليه أحمد فى رواية حنبل فمن الأصحاب من علل بان الملك لم يستقر بعد ومنهم من علل بان الأخذ بالشفعة يسقط حق البائع من الخيار فلذلك لم تجز المطالبة بها فى مدته وهو تعليل القاضى فى خلافه فعلى هذا لو كان الخيار للمشتري وحده لثبتت الشفعة وذكر أبو الخطاب احتمالا بثبوت الشفعة مطلقا اذا قلنا بانتقال الملك إلى المشترى (ومنها) إذا باع أحد الشريكين شقصاً بشرط الخيار فباع الشفيع حصته فى مدة الخيار فعلى المذهب يستحق المشترى الأول انتزاع شقص الشفيع من يد مشتريه لانه شريك الشفيع حالة بيعه وعلى الثانية يستحق البائع الاول لأن الملك باق له (ومنها) لو باع الملتقط اللقطة بعد الحول بشرط الخيار ثم جاء ربها فى مدة الخيار فان قلنا لم ينتقل الملك فالرد واجب وان قلنا بانتقاله فوجهان . المجزوم به فى الكافى الوجوب (ومنها) لو باع محل صيدا بشرط الخيار ثم احرم فى مدته فان قلنا انتقل الملك عنه فليس له الفسخ لأنه ابتداء ملك على الصيد وهو ممنوع منه وان قلنا لم ينتقل الملك عنه فله ذلك ثم ان كان فى مدة المشاهدة أرسله والافلا (ومنها) لو باعت الزوجة قبل الدخول الصداق بشرط الخيار ثم طلقها الزوج فان قلنا الملك انتقل عنها ففى لزوم استردادها وجهان وإن قلنا لم يزل فيها استرده وجها واحدا (ومنها) لو باع أمة بشرط الخيار ثم فسخ البيع وجب على البائع الاستبراء على المذهب وعلى الثانية لا يلزمه لبقاء الملك (ومنها) لو اشترى أمة بشرط الخيار واستبرأها فى مدته فان قلنا الملك لم ينتقل اليه لم يكفه ذلك الاستبراء وان قلنا بانتقاله ففى الهداية والمغنى يكفى وفى الترغيب والمحرر وجهان لعدم استقرار الملك

٥ - [الخامسة] الاقالة هل هى فسخ أو بيع فى المسألة روايتان منصوصتان اختار الخرقى والقاضى والاكثرون أنها فسخ وحكاه القاضى عن أبى بكر وفى التنبيه لأبى بكر التصريح باختياره أنها بيع ولهذا الخلاف فوائد عديدة (الاولى) اذا تقايلا قبل القبض فيما لا يجوز بيعه قبل قبضه فيجوز على قولنا هى فسخ ولا يجوز على الثانية إلا على رواية حكاها القاضى فى المجرد فى الاجارات أنه يصح بيعه من بائعه خاصة قبل القبض (الفائدة الثانية) هل يجوز فى المكيل والموزون بغير كيل ووزن إن قلنا هى فسخ جازت كذلك وان قلنا هى بيع فلا هذه طريقة أبى بكر فى التنبيه والقاضى والاكثرين. وحكى عن أبى بكر أنه لابد فيها من كيل ثان على الروايتين كما أن الفسخ فى النكاح يقوم مقام الطلاق فى ايجاب العدة (الفائدة الثالثة) اذا تقايلا بزيادة على الثمن أو نقص منه أو بغير جنس

الثمن فان قلنا هى فسخ لم يصح لأن الفسخ رفع للعقد فتبين اذاً أن العوضين على وجههما كالرد بالعيب وغيره وان قلنا هى بيع فوجهان حكاهما أبو الخطاب ومن بعده . أحدهما يصح وقاله القاضى فى كتاب الروايتين كسائر البيوع . والثانى لا يصح وهو المذهب عند القاضى فى خلافه ، وصححه السامرى لأن مقتضى الاقالة رد الأمر الى ماكان عليه ورجوع كل واحد الى ماله فلم يجز بأكثر من الثمن وان كانت بيعا فبيع التولية وهذا ظاهر مانقله ابن منصور عن أحمد فى رجل اشترى سلعة فندم فقال اقلنى ولك كذا و كذا قال احمد اكره أن يكون ترجع اليه سلعته ومعها فضل الا أن يكون تسعرت السوق أو تاركا البيع فباعه بيعاً مستأنفا فلا بأس به ولكن ان جاء الى نفس البيع فقال اقلنى فيها ولك كذا و كذا فهذا مكروه فقد كره الاقالة فى البيع الأول بزيادة بكل حال ولم يجوز الزيادة الا اذا أقر البائع بحاله وتبايعاه بيعا مستأنفا اذا تسعرت السوق جازت الاقالة بنقص فى مقابلة نقص السعر وكذا لو تغيرت صفة السلعة وأولى ونص فى رواية احمد بن القاسم وسندى وحنبل على الكراهة بكل حال نقدا كان البيع أو نسيئة بعد نقد الثمن أو قبله معللا كشبهة مسائل العينة لانه ترجع السلعة الى صاحبها ويبقى له على المشترى فضل درهم ولكن محذور الربا هنا بعيد جداً لأنه لا يقصد أحد أن يدفع عشرة ثم يأخذ نقداً خمسة مثلا لاسيما والدافع هنا هو الطالب لذلك الراغب . ونقل عنه مايدل على جوازه قال فى رواية الأثرم وسأله عن بيع العربون فذكر له حديث عمر فقيل له تذهب اليه قال أى شيء أقول وهذا عن عمر ثم قال أليس كان ابن سيرين لايرى بأساً أن يرد السلعة الى صاحبها الا اذا كرهها ومعها شيء . ثم قال هذا مثله فقد جعل بيع العربون من جنس الاقالة بربح وهو يرى جواز بيع العربون وهذا الخلاف هنا شبيه بالخلاف فى جواز الخلع بزيادة على المهر . فأما البيع المبتدأ فيجوز بأكثر من ثمنه كما نقله عنه ابن منصور وكذلك نقله عنه حرب فيمن باع ثوبا بعشرين وقبضها ثم احتاج اليه فاشتراه باثنين وعشرين نقداً قال لابأس به ولا يجوز نسيئة ولم ير بأساً أن يشتريه بمثل الثمن نقدا ونسيئة ونقل عنه أبو داود فيمن باع ثوبا بنقد ثم احتاج اليه يشتريه بنسيئة قال اذا لم يرد بذلك الحيلة كأنه لم ير به بأسا وصرح أبو الخطاب وطائفة من الأصحاب بأن كل بيع وان كان ينفذ لايجوز لبائعه شراؤه بدون ثمنه قبل نقد الثمن ويجوز بعده وكذلك نقل ابن منصور عن احمد انه بعد القبض يبيعه كيف شاء (الفائدة الرابعة) تصح الاقالة بلفظ الاقالة والمصالحة ان قلنا هى فسخ ذكره القاضى وابن عقيل وان قلنا هى بيع لم ينعقد بذلك صرح به القاضى فى خلافه قال ما يصلح للحل لايصلح للعقد وما يصلح للعقد لا يصلح للحل فلا ينعقد البيع بلفظ الاقالة ولا الاقالة بلفظ البيع .وظاهر كلام كثير من الاصحاب انعقادها

بذلك وتكون معاطاة (الفائدة الخامسة) إذا قلنا هى فسخ لم يشترط لها شروط البيع من معرفة المقال فيه والقدرة على تسليمه وتميزه عن غيره ويشترط ذلك على القول بأنها بيع ذكره صاحب المغنى فى التفليس ، ولو تقايلا العبد وهو غائب بعد مضى مدة لان يتغير فى مثلها أو بعد إباقه واشتباهه بغيره صح على الأول دون الثانى ولو تقايلا مع غيبة احدهما بأن طلبت منه الاقالة فدخل الدار وقال على الفور أقلتك فان قلنا هى فسخ صح وان قلنا هى بيع لم يصح ذكره القاضى وأبو الخطاب فى تعليقهما لأن البيع يشترط له حضور المتعاقدين فى المجلس . ونقل أبو طالب عن احمد صحة قبول الزوج للنكاح بعد المجلس واختلف الاصحاب فى تأويلها وفى كلام القاضى أيضا مايقتضى أن الاقالة لا تصح فى غيبة الآخر على الروايتين لأنها فى حكم العقود لتوقفها على رضى المتبايعين بخلاف الرد بالعيب والفسخ بالخيار وهل يصح مع تلف السلع على طريقين . احدهما لا يصح على الروايتين وهى طريقة القاضى فى موضع من خلافه وصاحب المغنى . والثانى ان قلنا هى فسخ صحت وإلا لم تصح قال القاضى فى موضع من خلافه وصاحب المغنى . والثانى إن قلنا هى فسخ صحت وإلا لم يصح قال القاضى فى موضع من خلافه هو قياس المذهب وفى التلخيص وجهان فان أصلهما الروايتان اذا تلف المبيع فى مدة الخيار (الفائدة السادسة) هل تصح الاقالة بعد النداء للجمعة ان قلنا هى بيع لم تصح والا صحت ذكره القاضى وابن عقيل (الفائدة السابعة) نمى المبيع نماء منفصلا ثم تقايلا فان قلنا الاقالة بيع لم يتبع النماء بغير خلاف وان قلنا فسخ فقال القاضى النماء للمشترى وينبغى تخريجه على الوجهين كالرد بالعيب والرجوع للمفلس (الفائدة الثامنة) باعه نخلا حائلا ثم تقايلا وقد اطلع فان قلنا المقايلة بيع فالثمرة ان كانت مؤبرة فهى للمشترى الأول وان لم تكن مؤبرة فهى للبائع الاول وان قلنا هى فسخ تبعت الاصل بكل حال سواء كانت مؤبرة أو لا لأنه نماء منفصل ذكره فى المغنى وقد سبقت المسألة فى قاعدة النماء (الفائدة التاسعة) هل يثبت فيها خيار المجلس ان قلنا هى فسخ لم يثبت الخيار وان قلنا هى بيع ففى التلخيص يثبت الخيار كسائر العقود ويحتمل عندى أن لا يثبت أيضا لأن الخيار وضع للنظر فى الحظ والمقيد وعلى دخل على أنه لا حظ له وانما هو متبرع والمستقيل لم يطلب الاقالة بعد لزوم العقد الا بعد ترو ونظر وعلم بأن الحظ له فى ذلك وندم على أن العقد الاول فلا يحتاج بعد ذلك الى مهلة لاعادة النظر والله أعلم (الفائدة العاشرة) هل يرد بالعيب ان قلنا هى بيع ردت به وان قلنا هى فسخ فيحتمل أن لا يرد به لأن الاصحاب قالوا الفسخ لا يفسخ ويحتمل أن يرد به كما جوزوا فسخ الاقالة والرد بالعيب لأحد الشفيعين وأفتى الشيخ تقى الدين بفسخ الخلع بالعيب فى عوضه وبفوات حقه فيه وبافلاس الزوجة به (الفائدة الحادية عشرة)

الاقالة فى المسلم فيه قبل قبضه وفيها طريقان . احدهما على الخلاف فان قلنا هى فسخ جازت وان قلنا بيع لم يجز وهى طريقة القاضى وابن عقيل فى روايتيهما وصاحب الروضة وابن الزاغونى والثانية جواز الاقالة فيه على الروايتين وهى طريقة الاكثرين ونقل ابن المنذر الاجماع على ذلك (الفائدة الثانية عشرة) باعه جزءا مشاعا من أرضه ثم تقايلا فان قلنا الاقالة فسخ لم يستحق المشترى ولا من حدث له شركة فى الارض قبل المقايلة شيئا من الشقص بالشفعة وان قلنا هى بيع ثبتت لهم الشفعة وكذلك لو باع أحد الشريكين حصته ثم عفى الآخر عن شفعته ثم تقايلا وأراد العافى أن يعود الى الطلب فان قلنا الاقالة فسخ لم يكن له ذلك والا فله الشفعة (الفائدة الثالثة عشرة) اشترى شقصا مشفوعا ثم تقايلاه قبل الطلب فان قلنا هى بيع لم يسقط كما لو باعه لغير بائعه وان قلنا فسخ فقيل لا تسقط أيضا وهو قول القاضى وأصحابه لأن الشفعة استحقت بنفس البيع فلا تسقط بعده وقيل يسقط وهو المنصوص عن احمد فى رواية محمد بن الحكم وهو ظاهر كلام أبى حفص والقاضى فى خلافه (الفائدة الرابعة عشرة) هل يملك المضارب أو الشريك الاقالة فيما اشتراه ؟ من الاصحاب من قال ان قلنا الاقالة بيع ملكه والا فلا لأن الفسخ ليس من التجارة المأذون فيها وهى طريقة ابن عقيل فى موضع من فصوله والاكثرون على أن يملكها على القولين مع المصلحة كما يملك الفسخ بالخيار (والخامسة عشرة) هل يملك المفلس بعد الحجر المقايلة لظهور المصلحة ان قلنا هى بيع لم يملكه وان قلنا فسخ فالأظهر أنه يملكه كما يملك الفسخ بخيار أو عيب ولا يتقيد بالاحظ على الاصح لأن ذلك ليس بتصرف مستأنف بل من تمام العقد الاول ولواحقه (الفائدة السادسة عشر) لو وهب الوالد لابنه شيئا فباعه ثم رجع اليه باقالة فان قلنا هى بيع امتنع رجوع الاب فيه وان قلنا هى فسخ فوجهان ؛ وكذلك حكم المفلس اذا باع السلعة ثم عادت اليه باقالة ووجدها بائعها عنده (الفائدة السابعة عشرة) باع أمة ثم أقال فيها قبل القبض فهل يلزمه استبراؤه فيه طريقان . أحدهما قاله أبو بكر وابن أبى موسى إن قلنا الاقالة بيع وجب الاستبراء وان قلنا فسخ لم يجب والثانى أن فى المسألة روايتين مطلقا من غير بناء كل هذا الاصل ثم قيل إنه مبنى على انتقال الضمان عن البائع وعدمه واليه أشار ابن عقيل وقيل بل يرجع الى أن تجدد الملك مع تحقق البراءة من الحمل هل يوجب الاستبراء وهذا أظهر (الفائدة الثامنة عشرة) لو حلف لا يبيع أو ليبيعن أو علق على البيع طلاقا أو عتقا ثم أقال فان قلنا هى بيع ترتبت عليها احكامه من البر والحنث والا فلا وقد يقال الأيمان تبنى على العرف وليس فى العرف أن الاقالة بيع (الفائدة التاسعة عشرة) تقايلا فى بيع فاسد ثم حكم الحاكم بصحة العقد ونفوذه فهل يؤثر حكمه . ان قلنا هى بيع فحكمه بصحة العقد الاول صحيح

لأن العقد باق وقد تأكد ترتب عقد آخر عليه وإن قلنا هى فسخ لم ينفذ لأن العقد ارتفع بالاقالة فصار كأنه لم يوجد ويحتمل أن ينفذ وتلغى الاقالة لأنها تصرف فى بيع فاسد قبل الحكم بصحته فلم ينفذ ولم يؤثر فيه شيئاً هذا ظاهر ماذكره ابن عقيل فى عمد الادلة (الفائدة العشرون) لو باع ذمى ذميا آخر خمراً وقبضت دون ثمنها ثم أسلم البائع وقلنا يجب له الثمن فأقال المشترى فيها فان قلنا الاقالة بيع لم يصح لأن شراء المسلم الخمر لايصح. وان قلنا هى فسخ احتمل أن يصح فيرتفع بها العقد ولايدخل فى ملك المسلم فهى فى معنى اسقاط الثمن عن المشترى واحتمل أن لا يصح لأنه استرداد لملك الخمر كما قال أصحابنا فى المحرم أنه لايسترد الصيد بخيار ولاغيره فان رد عليه بذلك صح الرد ولم يدخل فى ملكه فيلزمه ارساله. وفى التلخيص لو رد العبد المسلم على بايعه الكافر بعيب صح ودخل فى ملكه لأنه قهرى كالارث فيمكن أن يقال فى رد الصيد على المحرم بعيب ورد الخمر على المسلم بالعيب كذلك اذا قلنا يملكان بالقهر (الفائدة الحادية والعشرون) الاقالة هل تصح بعد موت المتعاقدين ذكر القاضى فى موضع من خلافه أن خيار الاقالة يبطل بالموت ولايصح بعده. وقال فى موضع آخر ان قلنا هى بيع صحت من الورثة وان قلنا فسخ فوجهان

٦- [السادسة] النقود هل تتعين بالتعيين فى العقد أم لا فى المسئلة روايتان عن أحمد أشهرهما أنها تتعين بالتعيين فى عقود المعاوضات حتى أن القاضى فى تعليقة أنكر ثبوت الخلاف فى ذلك فى المذهب والا كثرون أثبتوه ولهذا الخلاف فوائد كثيرة (منها) أنه يحكم بملكها المشترى بمجرد التعيين فيملك التصرف فيها وان تلفت تلفت من ضمانه على المذهب وعلى الرواية الاخرى لايملكها بدون القبض فهى قبله ملك البائع وتتلف من ضمانه (ومنها) لو بان الثمن مستحقا فعلى المذهب الصحيح يبطل العقد لأنه وقع على ملك الغير فهو كما لو اشترى سلعة فبانت مستحقة وعلى الثانية لاتبطل وله البدل، وهاهنا مسئلة مشتملة على قواعد المذهب وهى اذا غصب نقوداً واتجر فيها وربح فان نصوص أحمد متفقة على أن الربح المالك فمن الاصحاب من بناه على القول بوقف تصرف الغاصب على الاجازة كابن عقيل وصاحب المغنى ومنهم من بناه على أن تصرفات الغاصب صحيحة بدون اجازة لانه مدة تطول فيشق استدراكها وفى القضاء ببطلانها ضرر عليه وعلى المالك بتفويته الربح وهى طريقة صاحب التلخيص والصحة عنده مختصة بالتصرف الكثير وأشار اليه صاحب المغنى وأن مالم يدركه المالك ولم يقدر على استرجاعه يصح التصرف فيه بدون انكاره لهذا المعنى. ومن الاصحاب من نزله على أن الغاصب اشترى فى ذمته ثم نقد الثمن وهى طريقة القاضى فى بعض كتبه وابن عقيل فى موضع آخر ويشهد لهذا أن المروذى نقل عن أحمد التفرقة

بين الشراء بعين الغصب والشراء فى الذمة فتنزل نصوصه المطلقة على هذا المقيد وانما كان الربح للمالك مع أن الشراء وقع للغاصب لانه نتيجة ملك المغصوب منه وفائدته فهو كالمتولد من عينه. ويحتمل أن يخرج ذلك على رواية عدم تعيين النقود بالتعين فى العقد فيبقى كالشراء فى الذمة سواء (ومنها) اذا بان النقد المعين معيباً فله حالتان. احداهما أن يكون عيبه من غير جنسه فيبطل العقد من أصله نص عليه وذكره الاصحاب وعللوه بانه زال عنه اسم الدينار والدرهم بذلك فلم يصح العقد عليه كما لو عقد على شاة فبانت حماراً وأومأ اليه أحمد فى رواية الميمونى فقال ان كان ذهباً حمل عليه شىء دخل فيه من الفضة أو النحاس أو خالطه غيره فقد زال عنه اسم الذهب لما دخل فيه وهذا متوجه اذا كان كله أو غالبه كذلك واما ان كان فيه يسير من غير جنسه فلا يزال عنه الاسم بالكلية فلا ينبغى بطلان العقد هاهنا بالكلية وهذا ظاهر كلام أبى محمد التميمى فى خصاله ويحتمل أن يبطل العقد هاهنا لمعنى آخر وهو أن البائع لا يمكن اجباره على قبول هذا وانما باع بدينار كامل والمشترى لا يجبر على دفع بقية الدينار لانه إنما اشترى بهذا الدينار المتعين فبطل العقد ويحتمل أن يصح البيع بما فى الدينار من الذهب بقسطه من المبيع ويبطل فى الباقى وللمشترى الخيار لتبعض المبيع عليه وأصل هذين الاحتمالين الروايتان فيما اذا باعه أرضاً معينة على أنها عشرة أذرع فبانت تسعة ويحتمل أن يصح البيع كله بدينار ويلزم المشترى بثمن الدينار من غيره ذهباً لأن العقد وقع على دينار كامل فاذا بان دونه وجب اتمامه جمعاً بين المقصدين التعيين والتسمية وأصل هذا الوجه مانص عليه أحمد فى رواية ابن منصور فيمن اشترى سمناً فى ظرف فوجد فيه رباً ان كان سماناً عنده سمن أعطاه بوزنه سمنا وان لم يكن عنده سمن أعطاه بقدر الرب من الثمن وانما فرق بين السمان وغيره لأن السمان شأنه بيع السمن فكأنه باعه بمقدار الظرف سمنا وأما غيره فانما باعه هذا الظرف المعين والنقود من جنس الاول لا الثانى (الحالة الثانية) أن يكون عيبها من جنسها ولم ينقص وزنها كالسواد فى الفضة فالبائع بالخيار بين الامساك والفسخ وليس له البدل لتعيين النقد فى العقد ومن أمسك فله الارش الافى صرفها بجنسها صرح به الحلوانى وابنه وصاحب المحرر وفى بعض نسخ الخرقى مايقتضيه وظاهر كلام أبى الخطاب خلافه فهذا كله تفريع على رواية تعيين النقود فاما على الأخرى فلا يبطل العقد بحال الا أن يتفرقا والعيب من غير الجنس لفوات قبض المعقود عليه فى المجلس ولافسخ بذلك وانما يثبت به البدل دون الارش لان الواجب فى الذمة دون المعين (ومنها) اذا باعه سلعة بنقد معين فعلى المشهور لايجبر واحد منهما على البداءة بالتسليم بل ينصب عدل يقبض منهما ثم يقضيهما لتعلق حق كل واحد منهما بعين معينة فهما سواء وعلى

الرواية الاخرى هو كما لو باعه بنقد فى الذمة فيجبر البائع أولا على التسليم لتعلق حق المشترى بالعين دونه . ونص عليه أحمد فى رواية ابن منصور وتأوله القاضى على أن البيع وقع على ثمن فى الذمة (ومنها) لو باعه سلعة بنقد معين ثم أتاه به فقال هذا الثمن وقد خرج معيباً وأنكر المشترى فيه ثلاث طرق . أحدها ان قلنا النقود تتعين بالتعيين فالقول قول المشترى لأنه يدعى عليه استحقاق الرد والأصل عدمه وان قلنا لا يتعين فوجهان . أحدهما القول قول المشترى أيضاً لأنه أقبض فى الظاهر ماعليه . والثانى قول القابض لأن الثمن فى ذمته والاصل اشتغالها به إلا أن يثبت براءتها منه وهذه طريقة السامرى فى المستوعب . والطريقة الثانية ان قلنا النقود لا تتعين فالقول قول البائع وجهاً واحداً لأنه قد ثبت اشتغال ذمة المشترى بالثمن ولم يثبت براءتها منه وان قلنا تتعين فوجهان مخرجان من الروايتين فيما اذا ادعى كل من المتبايعين أن العيب حدث عنده فى السلعة . أحدهما القول قول البائع لأنه يدعى سلامة العقد والأصل عدمه ويدعى عليه ثبوت الفسخ والاصل عدمه . والثانى قول القابض لانه منكر التسليم والأصل عدمه وهذه طريقة القاضى فى بعض تعاليقه وجزم صاحب المغنى والمحرر بان القول قول البائع اذا أنكر أن يكون المردود بالعيب هو المبيع ولم يحكيا خلافا ولا فصلا بين أن يكون المبيع فى الذمة أو معيناً نظراً الى أنه يدعى عليه استحقاق الرد والأصل عدمه . وذكر الأصحاب مثل ذلك فى مسائل الصرف وفرق السامرى فى فروقه بين أن يكون المردود بعيب وقع عليه معيناً فيكون القول قول البائع وبين أن يكون فى الذمة فيكون القول قول المشترى لما تقدم وهذا فيما اذا أنكر المدعى عليه العيب ان ماله كان معيباً أما إن اعترف بالعيب فقد فسخ صاحبه وأنكر أن يكون هذا هو المعين فالقول قول من هو فى يده صرح به فى التفليس فى المغنى معللا بانه قبل استحقاق ماادعى عليه الآخر والأصل معه ويشهد له أن المبيع فى مدة الخيار اذا رده المشترى بالخيار فانكر البائع أن يكون هو المبيع فالقول قول المشترى حكاه ابن المنذر عن أحمد لاتفاقهما على استحقاق الفسخ بالخيار ، وبذلك وجهه صاحب المغنى وقد ينبنى على ذلك أن المبيع بعد الفسخ بعيب ونحوه هل هو أمانة فى يد المشترى أو مضمون عليه وفيه خلاف سبق ذكره . فان الامانات القول قول من هى فى يده مع الاختلاف فى عينها وقد نص عليه أحمد فى الرهن ولذلك نص فى اختلاف المتبايعين فى عين المبيع المعين قبل قبضه أن القول قول البائع وقد يكون مأخذه أنه أمانة عنده ومن الاصحاب من علل بان الاصل براءة ذمة البائع مما يدعى عليه فهو كما اقر بعين لرجل ثم أحضرها فانكر المقر له أن تكون هى المقر بها فان القول قول المقر مع يمينه (ومنها) لو كان عبد بين شريكين قيمة نصيب كل منهما عشرة دنانير فقال رجل يملك عشرة دنانير لا يملك غيرها

لاحدهما اعتق نصيبك عنى على هذه الدنانير العشرة فمعل عتق نصيب المسؤول عن السائل وهل يسرى عليه إلى حصة الآخر أم لا. أن قلنا أن النقود تتعين بالتعيين لم يسر لأن المسؤول ملكها عليه بالعقد فلم يبق فى ملك السائل شىء فصار معسراً وان قلنا لا يتعين سرى الى حصة الشريك كما لو اشترى ذلك النصيب بثمن فى الذمة لأنه مالك لقيمة حصة الآخر وذكر السامرى ويفيد هذا أن الدين المستغرق لايمنع السراية .

٧ - [السابعة] العبد هل يملك بالتمليك أم لا ؟ فى المسألة روايتان عن أحمد . أشهرهما عند الاصحاب أنه لايملك وهو اختيار الخرقى وأبى بكر والقاضى والأكثرين . والثانية يملك اختارها ابن شاقلا وصححها ابن عقيل وصاحب المغنى ولهذا الخلاف فوائد كثيرة جداً (فمنها) لو ملك السيد عبده مالا زكويا فان قلنا لا يملكه فزكاته على السيد لأنه ملكه وان قلنا يملكه فلا زكاة على السيد لانتفاء ملكه له ولا على العبد لأن ملكه مزلزل ولهذا لم يلزمه فيه نفقة الأقارب ولا يعتق عليه رحمه بالشراء هذا ماقال اكثر الاصحاب منهم أبو بكر والقاضى وهو ظاهر كلام الخرقى وفى كلام أحمد إيماء اليه وحكى بعض الاصحاب رواية بوجوب زكاته على العبد على القول بانه ملكه ومنهم من اشترط مع ذلك اذن السيد لقول أحمد فيزكيه باذن سيده وانما مراده أن المال للسيد وزكاته عليه والعبد كالوكيل والمودع فلا يزكى بدون اذنه وعن ابن حامد أنه ذكر احتمالا بوجوب زكاته على السيد على كلا القولين لأنه اما مالك له أو فى حكم ملكه لتمكنه من التصرف فيه كسائر أمواله (ومنها) اذا ملكه السيد عبداً وأهل عليه هلال الفطر فان قلنا لا يملكه ففطرته على السيد وان قلنا يملكه فوجهان أحدهما لافطرة له على أحد قاله القاضى وابن عقيل اعتباراً بزكاة المال كما سبق والثانى فطرته على السيد صححه صاحب المغنى لأن نفقته على السيد وكذلك فطرته (ومنها) تكفيره بالمال فى الحج والأيمان والظهار ونحوها ، وفيه للاصحاب طرق أحدها البناء على ملكه وعدمه فان قلنا يملك فله التكفير بالمال فى الجملة والا فلا وهذه طريقة القاضى وأبى الخطاب وابن عقيل واكثر المتأخرين لان التكفير بالمال يستدعى ملك المال فاذا كان هذا غير قابل للملك بالكلية ففرضه الصيام خاصة وعلى القول بالملك فانه يكفر بالاطعام وهل يكفر بالعتق على روايتين لأن العتق يقتضى الولاء والولاية والارث وليس العبد من أهلها . وهل يلزمه التكفير بالمال أو يجوز له مع إجزاء الصيام المتوجه ان كان فى ملكه مال فأذن له السيد بالتكفير منه لزمه ذلك وان لم يكن فى ملكه بل أراد السيد أن يملكه ليكفر لم يلزمه كالحر المعسر اذا بذل له مال . وعلى هذا يتنزل ماذكره صاحب المغنى من لزوم التكفير بالمال فى الحج ونفى اللزوم فى الظهار

(الطريقة الثانية) أن فى تكفيره بالمال باذن السيد روايتين مطلقتين سواء قلنا يملك أو لا يملك حكاها القاضى فى المجرد عن شيخه ابن حامد وغيره من الاصحاب وهى طريقة أبى بكر فوجه عدم تكفيره بالمال مع القول بالملك أن ملكه ضعيف لايحتمل المواساة ولهذا لم يجب فيه الزكاة ولا نفقة الأقارب فكذلك الكفارات والوجه تكفيره بالمال مع القول بانتفاء ملكه مأخذان. احدهما أن تكفيره بالمال انما هو تبرع له من السيد وإباحة له أن يكفر من ماله والتكفير عن الغير لا يشترط دخوله فى ملك المكفر عنه كما يقول فى رواية فى كفارة الجامع فى رمضان إذا عجز عنها وقلنا لا يسقط تكفير غيره عنه إلا باذنه جاز أن يدفعها اليه وكذلك فى سائر الكفارات على إحدى الروايتين ولو كانت قد دخلت فى ملكه لم يجز أن يأخذها هو لأنه لا يكون حينئذ اخراجا للكفارة (والمأخذ الثانى) أن العبد ثبت له ملك قاصر بحسب حاجته اليه وإن لم يثبت له الملك المطلق التام فيجوز أن يثبت له فى المال المكفر به ملك ينتج له التكفير بالمال دون بيعه وهبته كما اثبتنا له فى الأمة ملكا قاصراً أبيح له التسرى بها دون بيعها وهبتها على ما سنذكره وهذا اختيار الشيخ تقى الدين . ووجه التفريق بين العتق والاطعام أن التكفير بالعتق محتاج الى ملك بخلاف الاطعام ذكره ابن أبى موسى ولهذا لو أمر من عليه الكفارة رجلا أن يطعم عنه ففعل اجزأته ولو أمر أن يعتق عنه ففى اجزائه عنه روايتان ولو تبرع الوارث بالاطعام الواجب عن موروثه صح ولو تبرع عنه بالعتق لم يصح ولو اعتق الاجنبى عن الموروث لم يصح ولو اطعم عنه فوجهان (الطريقة الثالثة) أنه لا يجزىء التكفير بغير الصيام بحال على كلا الطريقين وهى ظاهر كلام أبى الخطاب فى كتاب الظهار وصاحب التلخيص وغيرهما لأن العبد وان قلنا يملك فان ملكه ضعيف لا يحتمل المواساة كما سبق فلا يكون مخاطباً بالتكفير بالمال بالكلية فلا يكون فرضه غير الصيام بالأصالة بخلاف الحر العاجز فانه قابل للتملك ومن هاهنا والله أعلم قال الخرقى العبد اذا حنث ثم عتق إنه لا يجزئه التكفير بغير الصوم بخلاف الحر المعسر اذا حنث ثم أيسر وقال أيضا فى العبد اذا فاته الحج أنه يصوم عن كل مد من قيمة الشاة يوما وقال فى الحر المعسر انه يصوم فى الاحصار صيام التمتع . والفرق بينهما أن العبد ليس من أهل الملك القابل لتعلق الواجبات به فيتعلق به وجوب الصيام بالأصالة وفدية الفوات والاحصار لم يرد فيها نص بغير الهدى فاوجبنا على العبد صياما يقوم مقام الهدى ويعدل قيمة الشاة كما وجب فى جزاء الصيد لأن هذا صيام واجب بالاصالة ليس بدلا عن الهدى وهو يعدل الهدى وشبيه به فيكون فرض العبد بالأصالة بخلاف الحر المعسر فان الواجب فى ذمته بالأصالة هو الهدى فاذا عجز عنه انتقل الى البدل الذي شرع للهدى وهو صيام المتعة (ومنها) اذا باع عبداً وله مال وفيه

للأصحاب طرق (احداها) البناء على الملك وعدمه فان قلنا يملك لم يشترط معرفة المال ولا سائر شرائط البيع فيه لأنه غير داخل فى العقد وانما اشترط على ملك العبد ليكون عبدا ذا مال وذلك صفة فى العبد لاتفرد بالمعاوضةوهو كبيع المكاتب الذى له مال وإن قلنا لايملك اشترط لمالكه معرفته وأن بيعه بغير جنس المالأوبجنسه بشرط أن يكون الثمن أكثر على رواية ويشترط التقابض لأن المال حينئذ داخل فى عقدالبيع وهذهطريقة القاضى فى المجرد وابنعقيلوأبىالخطاب فى انتصاره وغيرهم (والطريقة) الثانية اعتبار قصدالمال أو عدمه لاغير فان كان المال مقصوداً للمشترى اشترط عله وسائر شروط البيعوان كان غير مقصود بل قصد المشترى تركه للعبد لينتفع به وحده لم يشترط ذلك لأنه تابع غير مقصود وهذه الطريقة هى المنصوصة عن أحمد وأكثر أصحابه كالخرقى وأبى بكر والقاضى فى خلافه وكلامه ظاهر فىالصحة . وإن قلنا ان العبد لايملك وترجع المسئلةعلىهذه الطريقةالى بيعربوىبغيرجنسهومعهمنجنسهماهوغير مقصود وقد استوفينا الكلامعليها فى القواعدورجحصاحبالمغنىهذه الطريقة (والطريقةالثالثة)الجمع بينالطريقتينوهى طريقة القاضى فى الجامع الكبيروصاحبالمحرر ومضمونهاأنا ان قلنا العبد يملكلميشترطلمالهشروط البيعبحالوانقلنا لايملك فان كانالمالمقصوداً للمشترىاشترطلهشرائط البيع وان كانغيرمقصود له لم يشترط له ذلك (ومنها) اذا أذن المسلم لعبده الذمى أن يشترى له بماله عبداً مسلماً فاشتراه فان قلنا يملك لم يصح شراؤه له وان قلنا لايملك صح وكان مملوكا للسيد . قال الشيخ مجد الدين هذا قياس المذهب عندى قلت ويتخرج فيه وجه آخر لايصح على القولين بناء على أحد الوجهين أنه لايصح شراء الذمى لمسلم بالوكالة ولوكان بالعكس بان يأذن الكافرلعبده المسلم الذى يثبتملكه عليه أن يشترى بماله رقيقاً مسلماً . فان قلنا يملك صح وكان العبد له وان قلنا لا يملك لم يصح (ومنها) تسرى العبد وفيه طريقان أحدهما بناؤه على الخلاف فى ملكه فان قلنا يملك جاز تسريه وإلا فلا لأن الوطء بغير نكاح ولاملك يمين محرم بنص الكتاب والسنة وهى طريقة القاضىوالأصحاب بعده . والثانية يجوز تسرية على كلا الروايتين وهى طريقة الخرقى وأبى بكر وابن أبى موسى ورجحها صاحب المغنى وهى أصح فان نصوص أحمد لاتختلف فى اباحة التسرى له فتارة علل بأنه يملك وتارة اعترف بانهخلاف القياس وأنه جاز لاجماع الصحابةعليه وهذا يقتضى أنه أجاز له التسرى وإن قيل انه لايملك اتباعا للصحابة فى ذلك ووجهه أن العبد وإن قيل إنه لايملك فلا بد من أن يثبت له ملك مايحتاج الى الانتفاع به ولذلك يملك عقد النكاح وهو ملك لمنفعة البضع فكذلك يملك التسرىويثبت لههذا الملك الخاص لحاجته اليه ولا يجوز تسريه

بدون اذن نص عليه فى رواية جماعة كنكاحه ولأنه لا يملك التصرف فى ماله بما يتلف ماليته ويضربه لتعلق حق السيد به والتسرى فيه فى اضرار بالجارية وتنقيص لماليتها بالوطء والحمل وربما أدى الى تلفها . ونقل عنه أبو طالب وابراهيم بن هانىء يتسرى العبد فى ماله كان ابن عمر يتسرى عبيده فى ماله فلا يعيب عليهم . قال القاضى فيما علقه على حواشى الجامع للخلال ظاهر هذا أنه يجوز تسريه من غير اذن له لأنه مالك له انتهى ويمكن أن يحمل نص اشتراطه على التسرى من مال سيده اذا كان مأذونا له ونصه يقدم على اشتراط تسريه فى مال نفسه الذى يملكه وقد أومأ الى هذا فى رواية جماعة وهو الأظهر ونقل الأثرم عنه فى الرجل يهب لعبده جارية لا يطأها ولكنه يتسرى فى ماله اذا أذن له سيده وفسر ماله بمال العبد الذى فى يديه وهذا فى اعتبار الاذن فى التسرى من مال نفسه وتفريقه بين ذلك وبين الأمـــة التى يملكه السيد فيه إشكال ولعله منع الوطء بدون إذن السيد فيكون ذلك منه اشتراطاً لأذن السيد بكل حال . واعلم أن الامام احمد متردد فى تسرى العبد بأمة سيده ونكاحه هل هما جنس واحـــد أم لا فقال فى رواية حنبل لا يبيع أمته المزوجة بعبـــده حتى يطلقها العبـــد فجعله تمليكا لازما ونقل عنه الأكثرون جوازه واختلف عنه فى بيع سرية عبـــده فنقل عنه الميمونى الجواز ونقل عنه جعفر بن محمد المنع معللا بأن التسرى بمنزلة النكاح يريد أنه لازم لا يجوز الرجوع فيه وكذا نقل عنه ابن هانىء وغيره واختلف عنه فى جواز تسرى العبد بأكثر من أمتين فنقل عنه الميمونى الجواز وأبو الحارث المنع كالنكاح ولم يختلف عنه فى أن العبد وسريته يوجب تحريمهما عليه لزوال ملكه عنها ونقله عن ابن عمر واختلف عنه فى عتق العبد وزوجته هل ينفسخ به النكاح على روايتين بناء على تغليب جهة التمليك فيه أو جهة النكاح وقد استشكل أكثر هذه النصوص القاضى وربما أولها ونزلهـــا على ما ذكر الشيخ تقى الدين وهذه المسائل المذكورة منصوصة عن السلف حكما وتعليلا كما ذكرنا وكذلك قال الشيخ مجد الدين ظاهر كلام أحمد إباحة التسرى للعبد وإن قلنا لا يملك فيكون نكاحا عنده وحمل قول أبى بكر على مثل ذلك وعلى هذا فهل يشترط له الاشهاد وكلام أحمد يقتضى استحبابه لا غير وفى ثبوت المهر به خلاف معروف (ومنها) لو باع السيد عبد نفسه بمال فى يده فهل يعتق أم لا المنصوص عن أحمد أنه يعتق بذلك وذكره الخرقى مع قوله إن العبد لا يملك ونزله القاضى على القول بالملك فيكون دخول السيد مع عبده فى بيعه نفسه بماله اقراراً له على ملكه فيصح بيعه ويعتق وإن قلنا لا يملك لم يصح بيعه ويحتمل أن يقال بيعه نفسه هنا كناية عن عتقه فيعتق به بكل حال ولهذا قال الأصحاب ان بيع السيد عبده نفسه بمال تعليق لعتقه على التزامه فيعتق على ملك السيد فيكون هاهنا تعليقاً على ايفاء

هذا المال يعتق به أما ان دفع العبد مالا إلى رجل ليشتريه به من سيده ففعل وأعتقه المشترى فهل يصح العقد و يعتق ان اشتراه الرجل فى الذمة ثم نقد المال صح وعتق وإن اشتراه بغير المال انبنى على الروايتين فى تعيين النقود بالتعيين على ماسبق والمنصوص عن أحمد فى رواية عبد الله وأبى الحارث وأبى داود البطلان معللا بما ذكرنا وذكره الخرقى والفرق بين هذه والتى قبلها أن السيد لم يعلم ههنا أنها ماله فلا يكون إقراراً لها على ملك العبد ونص فى رواية مهنا وحنبل على أنه يعتق ويغرم المشترى الثمن وهذا قد يتنزل على القول بأن النقود لا تتعين وقد يتنزل مع القول بالتعيين على أنه عقد فاسد مختلف فيه فينفذ فيه العتق كما ينفذ الطلاق فى النكاح المختلف فيه وهو أحد الوجهين للاصحاب وكذلك نقل مهنا عنه فى عبد دفع إلى رجل الف درهم من مال رجل آخر فاشتراه بها من سيده وأعتقه أنه يرجع صاحب المال بماله فان استهلك كان ديناً على العبد ويعتق العبد وحمل القاضى فى موضع من المجرد وتبعه ابن عقيل [فى] المسئلة على أن العبد وكل الرجل فى شراء نفسه من سيده فيكون المشترى وكيلا للعبد و يكون وكالة صحيحة قال الشيخ مجد الدين فعلى هذا يكون قد عتق فى الباطن فى الحال و يلزم المشترى الثمن ويرجع به على العبد وقال أيضاً فى موضع آخر هذا فيه اشكال لأن العبد عندنا لا يصح أن يشترى من سيده شيئاً بنفسه فكيف يصح توكيله فيه ولهذا قال أحمد لا ربا بين العبد وسيده قال ويحتمل أن يصح ذلك بناء على أن العبد يملك ويلتزم عليه جريان الربا بينهما قال ويحتمل أن تكون هذه المسئلة غلطاً فى كتابيهما يعنى القاضى وابن عقيل وان الصواب فى ذلك أن يقال إذا وكل رجل العبد فى شراء نفسه من سيده (ومنها) اذا عتق السيد عبده وله مال فهل يستقر ملكه للعبد أم يكون للسيد على روايتين فمنهم من بناهما على القول بالملك وعدمه فان قلنا يملكه استقر ملكه عليه بالعتق والا فلا وهى طريقة أبى بكر والقاضى فى خلافه وصاحب المحرر ومنهم من جعل الروايتين على القول بالملك (ومنها) لو اشترى العبد زوجته الأمة بماله فان قلنا يملك انفسخ نكاحه وان قلنا لا يملك لم ينفسخ (ومنها) لو ملكه سيده أمة فاستولدها فان قلنا لا يملك فالولد ملك السيد وان قلنا يملك فالولد مملوك للعبد لكنه لا يعتق عليه حتى يعتق فاذا عتق ولم ينزعه منه قبل عتقه عتق عليه لتمام ملكه حينئذ ذكره القاضى فى المجرد (ومنها) هل ينفذ تصرف السيد فى مال العبد دون استرجاعه ان قلنا العبد لا يملك صح بغير اشكال وان قلنا يملك فظاهر كلام أحمد أنه ينفذ عتق السيد لرقيق عبده قال القاضى فى الجامع الكبير فيحتمل أن يكون رجع فيه قبل عتقه قال وان حمل على ظاهره فلان عتقه يتضمن الرجوع فى التمليك (ومنها) الوقف على العبد فنص أحمد على أنه لا يصح فقيل ان ذلك يتفرع على القول

بأنه لايملك فاما إن قيل انه يملك صح الوقف عليه كالمكاتب في أظهر الوجهين والأكثرون على أنه لايصح الوقف عليه على الروايتين لضعف ملكه (ومنها) وصية السيد لعبده بشيء من ماله فان كان بجزء مشاع منه صح وعتق من العبد بنسبة ذلك الجزء لدخوله في عموم المال وكمل عتقه من بقية الوصية نص عليه ، فقيل لأن الوصية إنما صحت لعتقه فتقديم العتق أهم وأنفع له . وقيل بل الجزء الشائع الموصى به غير متعين فتعين في العبد تصحيحاً للوصية مهما أمكن . ويحتمل أن يقال ملك بالوصية جزءاً مشاعا من نفسه فعتق عليه وملك به بقية الوصية فصار معسراً فسرى العتق إلى الباقي مضمونا بالسراية من بقية الوصية إذ لا مال له سواها كمن ملك بعض ذى رحم محرم منه بفعله وأولى . وهذا المأخذ منقول عن ابن سيرين وهو حسن وفى كلام أبي الحسن التميمى مايشعر به أيضاً .

وصرح بعضهم أنه يعتق منه بنسبة الوصية من المال فيسري العتق إلى جميعه إذا احتمله الثلث بناء على القول بالسراية بالوصية بعد الموت ويكمل له بقية الوصية من المال إن احتمل الثلث ذلك وإن كانت الوصية بجزء معين أو مقدر ففي صحة الوصية روايتان أشهرهما عدم الصحة فمن الأصحاب من بناهما على أن العبد هل يملك أم لا وأشار إلى ذلك أحمد فى رواية صالح . وهذه طريقة ابن أبي موسى والشيرازى وابن عقيل وغيرهم . ومنهم من حمل الصحة على أن الوصية كقدر المعين أو المقدر من التركة لا بعينه فيعود إلى الجزء المشاع وهو بعيد جداً (ومنها) لو غزا العبد على فرس ملكه اياها سيده فان قلنا يملكها لم يسهم لها لان الفرس تبع لمالكها فاذا كان مالكها من أهل الرضخ فكذلك فرسه وان قلنا لايملكها أسهم لها لأنها لسيده كذا قال الأصحاب، والمنصوص عن أحمد فى رواية ابن الحكم أنه يسهم لفرس العبد وتوقف مرة أخرى وقال لايسهم لها متحداً ونقل عنه أبو طالب إذا غزا العبد مع سيده ومعه فرسان ومع سيده فرسان يسهم لفرسى السيد ولا يسهم لفرسي العبد لأن الكل للسيد ولا يسهم لأكثر من فرسين .

« تنبيه » الخلاف في ملك العبد بالتمليك هل هو مختص بتمليك سيده أم لا قال صاحب التلخيص هو مختص به فلا يملك من غير جهته وكلام الأكثرين يدل على خلافه ويتفرع على ذلك مسائل :

(منها) ملكه اللقطة بعد الحول قال طائفة من الاصحاب ينبنى على روايتى الملك وعدمه جعلا لتمليك الشارع كتمليك السيد وظاهر كلام ابن أبي موسى أنه يملك اللقطة وإن لم يملك بتمليك سيده لانه تمليك شرعى يثبت قهراً فيثبت له حكما وفارق الميراث لان العبد ليس من أهله لانقطاع تصرفه وهنا هو من أهل الحاجة إلى المال وعند صاحب التلخيص لا يملكها بغير خلاف وكذلك في الهداية والمغنى أنها ملك لسيده (ومنها) حيازته المباحات من احتطاب أو احتشاش أو اصطياد أو معدن أو غير ذلك . فمن الاصحاب من قال هو ملك لسيده دونه رواية واحدة كالقاضى وابن عقيل لأن جوارح العبد ومنافعه ملك لسيده

فهي كيد نفسه فالحاصل في يد عبده كالحاصل فى يده حكماً نعم لو أذن السيد له في ذلك فهو كتمليكه اياه ذكره القاضي وغيره وخرج طائفة المسئلة على الخلاف فى ملك العبد وعدمه منهم الشيخ مجد الدين وقاسه على اللقطة وهو ظاهر كلام ابن عقيل فى موضع آخر (ومنهـا) إذا وصى للعبد أو وهب له وقبله باذن سيده أو بدونه اذا أجزنا له ذلك على المنصوص فالمـال للسيد نص عليه فى رواية حنبـل وذكره القاضى وغيره وبناه ابن عقيل وغيره على الخلاف في ملك العبد (ومنها) لو خالع العبد زوجته بعوض فهو للسيد ذكره الخرقى وظاهر كلام ابن عقيل بناؤه على الخلاف في ملك العبد ويعضده أن العبد هنا يملك البضع فملك عوضه بالخلع لان من ملك شيئاً ملك عوضه فأما مهر الامة فهو للسيد لانه عوض عن ملك السيد وهو منفعة البضع فيكون تملكاله كاجرة العبد له بخلاف ما تقدم فانه ليس عوضاً عن ملـكه .

٨ ـ [الثامنة] المضارب هل يملك الربح بالظهور أم لا ذكر أبو الخطاب أنه يملك بالظهور رواية واحدة وقال الاكثرون فى المسئلة روايتان (إحداهما) يملكه بالظهور وهى المذهب المشهور والرواية الثانية لايملك بدون القسمة ونصرها القاضى فى خلافه في المضاربة ويستقر الملك فيها بالمقاسمة عند القاضي وأصحابه ولا يستقر بدونها ومن الأصحاب من قال يستقر بالمحاسبة التامة كابن أبى موسى وغيره وبذلك جزم ابو بكر عبد العزيز وهو المنصوص صريحاً عن أحمد ولهذا الاختلاف فوائد : (منهـا) انعقاد الحول على حصة المضارب من الربح قبل القسمة فان قيل لايملك بدونها فلا انعقاد قبلها وإن قيل يملك بمجرد الظهور فهل ينعقد الحول عليها قبل استقرار الملك فيها أم لا ينعقد بدون الاستقرار ففيه للاصحاب طرق (احدها) لاينعقد الحول عليها بدون الاستقرار بحال من غير خلاف وهى طريقة القاضى في المجرد والخلاف ومن اتبعه وكذلك طريقة أبى بكر وابن أبى موسى إلا أن القاضي عنده الاستقرار بالقسمة وعندهما بالمحاسبة التامة فينعقد الحول عندهما بالمحاسبة وهو المنصوص عن أحمد فى رواية صالح وابن منصور وحنبل (والطريقة الثانية) إن قلنا يملكه بالظهور انعقد الحول عليه من حينه وإلا فلا وهى طريقـة القاضى من موضع من الجامع الصغـير وأبى الخطاب (والطريقـة الثالثـة) إن قلنا لا يثبت الملك قبل الاستقرار لم ينعقد الحول وإن قلنا يثبت بدونه فهل ينعقد قبله على وجهين وهى طريقة ابن عقيل وصاحبي المغنى والمحرر لـكنهما رجحا عدم الانعقاد وابن عقيل صحح الانعقاد في باب المضاربة وأما رب المال فعليه زكاة رأس ماله مع حصته من الربح وينعقد الحول عليها بالظهور وأما بقية الربح فلا يلزمه زكاته سواء قلنا يملكه العامل بالظهور أولا فى ظاهر كلام أحمد وهو قول القاضى والاكثرين لأنه ان سلم فهو للعامل وان تلف تلف عليهما وحكى أبو الخطاب عن القاضي أنه يلزمه زكاته اذا قلنا لا يملكه العامل بدون القسمة وهو ظاهر كلام القاضي فى خلافه في مسئلة المزارعة وهو ضعيف (ومنهـا) لو اشترى العامل بعد ظهور

الربح من يعتق عليه بالملك ففيه طريقان (أحدهما) البناء على الملك بالظهور وعدمه فان قلنا يملك به عتق عليه والا فلا وكذلك قال القاضى فى خلافه وابنه أبو الحسين وأبو الفتح الحلوانى (والطريق الثانى) ان قلنا لايملك بالظهور لم يعتق وان قلنا يملك به فوجهان كذا قال جماعة منهم صاحب التلخيص . أحدهما يعتق عليه وهو قول القاضى وأبى الخطاب وأومأ اليه أحمد فى رواية ابن منصور . والثانى لايعتق لعدم استقرار الملك وهو قول أبى بكر في التنبيه فان الملك فيه غير تام ولهذا لايجزىء في حول الزكاة كما سبق والعتق يستدعى ملكا بدليل أن المكاتب لا يعتق عليه ذو رحمه بملكه والأول أصح فان العتق يسرى إلى ملك الاجنبي المحض ولا يمنعه الدين بخلاف الزكاة والمكاتب ليس من أهل التبرع ولهذا لو باشر العتق بنفسه لم ينفذ فكذا بالملك وأولى وعلى هذا إذا اشترى رحمه بعد ظهور الربح عتق عليه منه بقدر حصته ثم ان كان موسراً سرى عليه لان العتق بالشراء وهو من فعله باختياره ولو اشترى قبل ظهور الربح ثم ظهر الربح بارتفاع الاسواق وقلنا يملك به عتق عليه نصيبه ولم يسر إذ لا اختيار له فى ارتفاع الأسواق وذكره فى التلخيص (ومنها) لو وطىء العامل أمة من مال المضاربة بعد ظهور الربح فان قلنا يملكه بالظهور فالولد حر وعليه قيمة الامة وتصير أم ولد له وان لم يكن ظهر ربح لم يثبت شيء من ذلك ونص عليه أحمد فى رواية ابن منصور وهل عليه الجلدان لم يكن ظهر ربح على وجهين : أحدهما لاحد عليه ويعزر ونص عليه في رواية ابن منصور واختاره صاحب المغنى لأن الربح مبنى على التقويم وهو وهو أمر اجتهادى لايقطع به . والثانى عليه الحد قاله القاضي لانتفاء الملك وشبهته (ومنها) لو اشترى العامل لنفسه من مال المضاربة فان لم يظهر ربح صح نص عليه لانه ملك لغيره وكذلك إن ظهر ربح وقلنا لا يملكه بالظهور وإن قلنا يملكه به فهو كشراء أحد الشريكين من مال الشركة والمذهب أنه يبطل فى قدر حقه لانه ملكه فلا يصح شراؤه له وفي الباقى روايتان تفريق الصفقة وخرج أبو الخطاب رواية بصحته فى الكل من الرواية التى يخير فيها لرب المال أن يشترى من مال المضاربة لنفسه لأن علاقة حق المضارب به صيرته كالمنفرد عن ملكه فكذا المضارب مع رب المال وأولى (ومنها) لو اشترى العامل شقصاً للمضاربة وله فيه شركة فهل له الاخذ بالشفعة فيه طريقان . أحدهما ماقال أبو الخطاب ومن تابعه فيه وجهان . أحدهما لايملك الأخذ واختاره في رؤوس المسائل لانه يتصرف لرب المال فامتنع أخذه كما يمنع شراء الوصى والوكيل فيما يتوليان بيعه . والثانى له الاخذ وخرجه من وجوب الزكاة عليه في حصته فانه يصير حينئذ شريكا يتصرف لنفسه وشريكه ومع تصرفه لنفسه تزول التهمة ولانه يأخذ مثل الثمن المأخوذ به فلا تهمة بخلاف شراء الوصي والوكيل وعلى هذا فالمسألة متيدة بحالة ظهور الربح ولابد (والطريقة الثانية) ما قال صاحب المغنى ان لم يكن في المال ربح أو كان وقلنا لايملكه بالظهور فله الاخذ لان الملك

لغيره فكذا الاخذ منه وإن كان فيه ربح وقلنا يملكه بالظهور ففيه الوجهان بناء على شراء العامل من مال المضاربة بعد ملكه من الربح على ماسبق (ومنها) لو اسقط العامل حقه من الربح بعد ظهوره فان قلنا يملكه بالظهور لم يسقط وإن قلنا لايملكه بدون القسمة فوجهان وقد سبقت في القواعد (ومنها) لو قارض المريض وسمى للعامل فوق تسمية المثل قال القاضي والاصحاب يجوز ولا يعتبر من الثلث لان ذلك لا يؤخذ من ماله وانما يستحقه بعمله من الربح الحادث ويحدث على ملك العامل دون المالك وهذا انما يتوجه على القول بأنه يملكه بالظهور وان قلنا لايملكه بدون القسمة احتمل أن يحسب من الثلث لانه خارج حينئذ من ملكه واحتمل أن لايحسب منه وهو ظاهر كلامهم لان المال الحاصل لم يفوت عليهم منه شيئا وانما زادهم فيه ربحاً .

٩ — [التاسعة] الموقوف عليه هل يملك رقبة الوقف أم لا ؟ في المسئلة روايتان معروفتان أشهرهما أنه ملك للموقوف عليه . والثانيـة لا فعلى هذه هل هو ملك للواقف أو لله تعالى فيه خلاف أيضاً ويتنزل على هذا الاختلاف مسائل : (منها) زكاة الوقف اذا كان ماشية موقوفة على معين فهل يجب زكاتها فيه طريقان . أحدهما بناؤه على هذا الخلاف فان قلنا هو ملك للموقوف عليه فعليه زكاتها وان قلنا ملك لله فلا زكاة وهـذه طريقة المحرر وهو ظاهر كلام أحمد فى رواية مهنا وعلى بن سعيد وعلى هذا فان قلنا يملكه الواقف فعليه زكاته ونص أحمد على أن من وقف على أقاربه فان الزكاة عليه بخلاف من وقف على المساكين . والطريقة الثانية لازكاة فيه على الروايتين قاله القاضى وابن عقيل لقصور الملك فيه (فأما) الشجر الموقوف فتجب الزكاة في ثمره على الموقوف عليه وجها واحداً لأن ثمره ملك للموقوف عليه وقال الشيرازى لازكاة فيه مطلقا ونقله غيره رواية (ومنها) لوجنا الوقف فأرش جنايته على الموقوف عليه إذا قيل انه مالكه لأنه امتنع من تسليمه فيلزمه فداؤه وان قيل هو ملك لله فالارش من كسب العبد وقيل بل من بيت المال وفيه وجه لايلزم الموقوف عليه الارش على القولين لأن امتناعه من التسليم بغير اختياره إذ لاقدرة له عليه على التسليم بحال (ومنها) إذا كان الوقف أمة فولاية تزوجها للموقوف عليه إن قيل انه يملكها وان قيل هى ملك لله فالولاية للحاكم فيزوجها باذن الموقوف عليه وان قيل هى ملك الواقف فهو أولى (ومنـها) نظر الواقف إذا لم يشرط له ناظر فعلى القول بملك الموقوف عليه له النظر فيه وعلى القول بأنه ملك لله نظره للحاكم وظاهر كلام أحمد أن نظره للحاكم وهو قول ابن أبى موسى قال الحارثى وعندى أن هذا القول لايختص بالقول بانتفاء ملك الموقوف عليـه بل ينظر فيه الحاكم وان قلنا ملكه للموقوف عليه لعلاقة حق من يأتى بعد (ومنـها) هل يستحق الشفعة و بشركة الوقف فيه طريقان . احدهما البناء على انه هل يملكه الموقوف عليه فان قيل يملكه استحق به الشفعة

والا فلا (والثانى) الوجهان بناء على قولنا يملكه وهذا ماقال صاحب المحرر لأن الملك قاصر وهذا كله متفرع على المذهب فى جواز قسمة الوقف من المعلق أما على الوجه الآخر بمنع القسمة فلا شفعة اذ لا شفعة في ظاهر المذهب الا فيما يقبل القسمة من العقار وكذلك بنى صاحب التلخيص الوجهين هنا على الخلاف في قبول القسمة (ومنها) لو زرع الغاصب فى أرض الوقف فهل للموقوف عليه تملكه بالنفقة ان قيل هو المالك فله ذلك والافهو كالمستأجر ومالك المنفعة ففيه تردد سبق ذكره في القواعد (ومنها) نفقة الوقف وهي في غلته مالم يشرط من غيرها فان لم يكن له غلة فوجهان . أحدهما نفقته على الموقوف عليه والثانى هي في بيت المال فقيل هما مبنيان على انتقال الملك وعدمه وقد يقال بالوجوب عليه وان كان الملك لغيره كما نقول بوجوبها على الموصى له بالمنفعة على وجه (ومنها) لو فضل بعض ولده على بعض فى الوقف فالمنصوص الجواز بخلاف الهبة فقيل هو بناء على ان الملك لاينتقل الى الموقوف عليه فان قلنا بانتقاله لم يجز كالهبة وهو قول أبى الخطاب وغيره وقيل بل يجوز على القولين لأنه لم يخصه بالملك بل جعله ملكا لجهة متصلة على وجه القربة وجعل الولد بعض تلك الجهة وشبيه بهذا وقف المريض على وارثه هل يقف على الاجازة كهبة أم ينفذ من الثلث لأنه ليس تخصيصاً للوارث بل تملك لجهة متصلة فالوارث بعض أفرادها وفيه روايتان (ومنها) الوقف على نفسه وفي صحته روايتان وبناهما أبو الخطاب على هذا الأصل فان قلنا الوقف ملك للموقوف عليه لم يصح وقفه على نفسه لأنه لايصح أن يزيل الانسان ملك نفسه الى نفسه وان قلنا لله تعالى صح (ومنها) الوقف المنقطع هل يعود إلى ورثة الموقوف عليه أو الى ورثة الواقف فيه روايتان والمنصوص عن أحمد في رواية حرب وغيره أنه يعود إلى ورثة الموقوف عليه وظاهر كلامه انه يعود اليهم إرثا لا وقفا وبه جزم الخلال في الجامع وابن أبي موسى وهذا منزل على القول بأنه ملك للموقوف عليه كما صرح به أبو الخطاب وغيره ويشهد له ان أحمد في رواية حنبل شبه الوقف بالعمري والرقبي وجعلها لورثة الموقوف عليه كما ترجع العمرى والرقبي إلى ورثة المعطى وجعل الخلال حكم الوقف المنقطع والرقبي واحداً وانكر الشيخ مجد الدين هذا البناء وادعى انه انما يرجع وقفاً على الورثة فلا يلزم ملك الموقوف عليه وهذا مخالف لنص أحمد لمن تأمله نعم فرق أحمد في رواية أبى طالب بين الوقف المنقطع وبين العمرى بأن العمري ملك للمعمر والوقف ليس يملك به شيئاً انما هو لمن أوقفه يضعه حيث شاء مثل السكنى فهذه الرواية تدل على أن الموقف عليه لايملك سوى [منفعة] الرقبة وان الرقبة ملك للواقف (ومنها) لو وطىء الموقوف عليه الأمة الموقوفة فأولدها فلا حد لأنها اما ملك له أو له فيها شبهة ملك وهل تصير أم ولد له ان قلنا هى ملك له صارت مستولدة له فتعتق بموته ويؤخذ قيمتها من تركته يشترى بها رقبة [مكانها تيكون وقفاً وإن قلنا لا يملكها لم تصر مستولدة له وهي وقف بحالها] (ومنها) لو تزوج الموقوف

عليه الأمة الموقوفة فان قيل هى ملك له لم يصح والا صح ذكره صاحب التلخيص وغيره وفيه نظر فانه يملك منفعة البضع على كلا القولين ولهذا يكون المهر له .

١٠ - [العاشرة] اجازة الورثة هل هى تنفيذ للوصية أو ابتداء عطية فى المسألة روايتان معروفتان أشهرهما أنها تنفيذ وهذا الخلاف قيل انه مبنى على أن الوصية بالزائد على الثلث هل هو باطل أو موقوف على الاجازة وقيل بل هذا الخلاف مبنى على القول بالوقف اما على البطلان فلا وجه للتنفيذ وهو أشبه قرر الشيخ تقى الدين ان الوارث إذا استثنى حقه قبل القسمة فانه يسقط وطرد هذا فى الأعيان المشاعة كالغانم إذا استثنى حقه من الغنيمة والموقوف عليه إذا أسقط حقه من الوقف والمضارب إذا أسقط حقه من الربح وأحد الزوجين إذا عفى عن حقه من المهر إذا كان عينا والحق المشاع بالديون فى جواز اسقاطه قبل القسمة ولهذا الخلاف فوائد عديدة : (منها) انه لايشترط لها شروط الهبة من الايجاب والقبول والقبض فيصح بقوله أجزت وأنفذت ونحو ذلك وان لم يقبل الموصى له فى المجلس وان قلنا هى هبة افتقرت الى إيجاب وقبول ذكره ابن عقيل وغيره وكلام القاضى يقتضى ان في صحتها بلفظ الاجازة إذا قلنا هي هبة وجهين قال الشيخ مجد الدين والصحة ظاهر المذهب وهل نعتبر أن يكون المجاز معلوماً للمجيز ففى الخلاف للقاضى والمحرر هو مبني على هذا الخلاف وصرح بعد ذلك صاحب المحرر بأنه لو أجاز قدراً منسوباً من المال ثم قال ظننت المال قليلا لم يقبل قوله ولا تنافى بينهما لوجهين (أحدهما) أن صحة اجازة المجهول لا ينافي ثبوت الرجوع اذا تبين فيه ضرر على المجيز لم يعلمه استدراكا لظلامته كما تقول فيمن أسقط شفعته لمعنى ثم بان بخلافه فان له العود اليها فكذلك هاهنا اذا أجاز الجزء الموصي به يظنه قليلا فبان كثيراً فله الرجوع بما زاد على ما في ظنه والثانى أنه إذا اعتقد أن النصف الموصى به مثلا مائة وخمسون درهما فبان ألفا فهو انما أجاز مائة وخمسين درهما ولم يجز أكثر منها فلا تنفذ اجازته في غيرها وهذا بخلاف ما إذا أجاز النصف كائنا ما كان فانه يصح ويكون اسقاطاً لحقه من مجهول فينفذ كالابراء وطريقة صاحب المغني أن الاجازة لاتصح بالمجهول ولكن هل يصدق فى دعوى الجهالة على وجهين ومن الأصحاب من قال ان قلنا الاجازة تنفيذ صحت بالمجهول ولا رجوع وان قلنا هبة فوجهان (ومنها) لو وقف على وارثه فأجازه فان قلنا الاجازة تنفيذ صحت بالمجهول ولا رجوع وان قلنا هبة فوجهان (ومنها) لو وقف على وارثه فأجازه فان قلنا الاجازة تنفيذ صح الوقف ولزم وان قلنا هبة فهو كوقف الانسان على نفسه (ومنها) إذا كان المجاز عتقا فان قلنا الاجازة تنفيذ فالولاية للموصى تختص به عصبته وان قلنا عطية فالولاء لمن أجاز وان كان أنثى (ومنها) لو كان المجيز أبا للمجاز له كمن أوصى لولد ولده فاجازه ولده فليس للمجيز الرجوع فيه ان قلنا هو تنفيذ وان قلنا عطية فله ذلك لأنه قد وهب لولده مالا (ومنها) لو

حلف لايهب فاجاز فان قلنا هى عطية حنث والا فلا (ومنها) لو قبل الوصية المفتقرة الى الاجازة قبل الاجازة ثم اجيزت فان قلنا الاجازة تنفيذ فالملك ثابت له من حين قبوله أولا وان قلنا عطية لم يثبت الملك الا بعد الاجازة ذكره القاضى في خلافه (ومنها) ان ما جاوز الثلث من الوصايا اذا أجيز هل يزاحم بالزائد مالم يجاوزه وهو مبنى على هذا الاختلاف ذكره صاحب المحرر وأشكل توجيهه على الاصحاب وهو واضح فانه اذا كانت معنا وصيتان احداهما مجاوزة للثلث والأخرى لاتجاوزه كنصف وثلث وأجاز الورثة الوصية المجاوزة للثلث خاصة فان قلنا الاجازة تنفيذ يزاحم صاحب النصف صاحب الثلث بنصف كامل فيقسم الثلث بينهما على خمسة لصاحب النصف ثلاثة أخماسه والآخر خمساه ثم تكمل لصاحب النصف نصفه بالاجازة وان قلنا الاجازة عطية فانما يزاحم بثلث خاص إذ الزيادة عليه عطية محضة من الورثة لم تتلق من الميت فلا يزاحم بها الوصايا فينقسم الثلث بينهما على نصفين ثم يكمل لصاحب النصف ثلثه بالاجازة وهذا مبنى على أن القول بان الاجازة عطية أو تنفيذ فيفرع على القول بابطال الوصية بالزائد على الثلث وصحتها كما سبق (ومنها) لو اجاز المريض في مرض موته وصية موروثه فان قلنا اجازته عطية فهى معتبرة من ثلثه وان قلنا تنفيذ فطريقان احدهما القطع بانها من الثلث ايضا كذا قال القاضى في خلافه وصاحب المحرر وشبهه بالصحيح اذا حابا في بيع له فيه خيار ثم مرض فى مدة الخيار فانه تصير محاباته من الثلث لانه تمكن من استرداد ماله اليه فلم يفعل فقام ذلك مقام ابتداء اخراجه في المرض ونظيره لو وهب لولده شيئا ثم مرض وهو بحاله ولم يرجع فيه والطريق الثانى ان المسئلة على وجهين وهى طريقة ابى الخطاب في انتصاره وهما منزلان على أصل الخلاف فى حكم الاجازة وقد يتنزلان على أن الملك هل ينتقل الى الوراثة في الموصى به أم يمنع الوصية للانتقال وفيه وجهان فان قلنا ينتقل اليهم فالاجازة من الثلث لانه اخراج مال مملوك والا فهى من رأس ماله لانه امتناع من تحصيل مال لم يدخل بعد فى ملكه وانما تعلق به حق ملكه بخلاف محاباة الصحيح اذا مرض فان المال كان على ملكه وهو قادر على استرجاعه (ومنها) اجازة المفلس وفى المغنى هى نافذة وهو منزل على القول بالتنفيذ ولا يبعد على القاضى في التى قبلها ان لا ينفذ وقاله صاحب المغنى في الشفعة معللا بانه ليس من أهل التبرع

١١ — [الحادية عشر] الموصى له هل يملك الوصية من حين الموت أم من حين قبوله لها فى المسئلة وجهان معروفان وعلى القول بانه انما يملكها من حين قبوله فهل هى قبله على ملك الميت أو على ملك الورثة على وجهين ايضا واكثر الاصحاب على القول بانه ملك للموصي له وهو قول أبي بكر والخرقى ومنصوص أحمد بل نص أحمد فى مواضع على أنه لايعتبر له القبول فيملكه قهراً كالميراث وهو وجه للأصحاب حكاه غير واحد ولهذا الاختلاف فوائد عديدة (فمنها) حكم نمائه بين

الموت والقبول فان قلنا هوعلى ملك الموصى لهفهو له لايحتسب عليهمن الثلثوان قلنا هو على ملكالموصي فتتوفر به التركة فيزداد به الثلث وان قلنا هو على ملك الورثة فنماؤه لهم لخاصة وذكر القاضي في خلافه أن ملك الموصي له لايتقدم القبول وان النماء قبله للورثة مع ان العين باقية على حكم ملك الميت فلا يتوفر الثلث لأنه لم يكن ملكا له حين الوفاة وذكر أيضا اذا قلنا انه مراعى وانا نبين بقبول الموصى له ملكه له من حين الموت فان النماء يكون للموصي له معتبراً من الثلث فان خرج من الثلث مع الاصل فهما له والا كان له بقدر الثلث من الاصل فان فضل شيء من الثلث كان له من النماء (ومنها) لو نقص الموصى به في سعر أوصفة ففي المحرر ان قلنا يملكه بالموت اعتبرت قيمته من التركة بسعره يوم الموت على أدنى صفاته من يوم الموت الى القبول لان الزيادة حصلت في ملكه فلا يحسب عليه والنقص لم يدخل في ضمانه بل هو من ضمان التركة ولهذا لو تلفت العين أو بعضها لبطلت الوصية في التالف وأما نقص الاسعار فلا تضمن عندنا وان قلنا يملكه من حين القبول اعتبرت قيمته يوم القبول سعراً وصفة لأنه لم يملكه قبل ذلك والمنصوص عن أحمد في رواية ابن منصور وذكر الخرقي أنه يعتبر قيمته يوم الوصية ولم يحك صاحب المغني فيه خلافا فظاهره أنه يعتبر بيوم الموت على الوجوه كلها لأن حقه تعلق بالموصى له تعليقا قطع تصرف الورثة فيه فيكون ضمانه عليه كالعبد الجاني إذا أخر المجنى عليه استيفاء حقه منه حتى تلف أو نقص (ومنها) لو كان الموصى به أمة فوطئها الموصى له قبل القبول وبعد الموت فان قلنا الملك له فهي أم ولده والا فلا ولو وطئها الوارث فان قلنا الملك له فهي ام ولده ويلزمه قيمتها للموصي له وان قلنا لا يملكها لم تكن ام ولد له (ومنها) لووصى بامة لزوجها فلم يعلم حتى اولدها اولاداثم قبل الوصية فان قيل يملكها بالموت فولده حر والامة ام ولده ويبطل نكاحه بالموت وان قيل لا يملكها الا بعد القبول فنكاحه باق قبل القبول وولده رقيق للوارث (ومنها) لو وصي لرجل بابنه فمات الموصى له قبل القبول وقلنا يقوم وارثه مقامه فيه فقبل ابنه صح وعتق وهل يرث من أبيه الميت أم لا ان قلنا يملكه بالموت فقد عتق به فيكون حراً عند موت أبية فيرث منه وان قلنا انما يملكه بعد القبول فهو عند موت أبية رقيق فلا يرث ولو كانت الوصية بمال في هذه الصورة فان قلنا يثبت الملك بالموت فهو ملك للميت فيوفي منه ديونه ووصاياه وعلى الوجه الآخر هو ملك للوارث الذى قبل ذكره في المحرر ويتخرج فيه وجه آخر انه يكون مالكا للموصى له على الوجهين لأن التمليك حصل له فكيف يصح الملك ابتداء لغيره ولهذا نقول على احدى الروايتين إن المكاتب اذا مات وخلف وفاء أنه يؤدى من بقية مال الكتابة ويتبين بذلك موته حراً مع أن الحرية لاتثبت للمكاتب الا بعد الاداء (ومنها) لو وصي لرجل بارض فبنى الوارث فيها وغرس قبل القبول ثم قبل ففي الارشاد ان كان الوارث عالماً بالوصية قلع بناءه غرسه مجانا

وان كان جاهلا فعلى وجهين وهو متوجه على القول بالملك بالموت أما ان قيل هى قبول قبل القبول على ملك الوارث فهو كبناء المشترى الشقص المشفوع وغرسه فيكون محترماً يتملك بقيمته (ومنها) لو بيع شقص في شركة الورثة والموصى له قبل قبوله فان قلنا الملك له من حين الموت فهو شريك للورثة في الشفعة وإلا فلا حق له فيها (ومنها) جريانه من حين الموت فى حول الزكاة فان قلنا يملكه الموصى له جرى في حوله وان قلنا للورثة فهل يجرى في حولهم حتى لو تأخر القبول سنة كانت زكاته عليهم أم لا لضعف ملكهم فيه وتزلزله وتعلق حق الموصى له به فهو كمال المكاتب فيه تردد .

١٢ ـ [الثانية عشر] الدين هل يمنع انتقال التركة إلى الورثة أم لا ؟ فى المسألة روايتان أشهرهما الانتقال وهو اختيار أبى بكر والقاضى وأصحابه قال ابن عقيل هى المذهب وقد نص أحمد ان المفلس إذا مات سقط حق البائع من عين ماله لأن المال انتقل إلى ورثته والرواية الثانية لا ينتقل نقلها ابن منصور فى رجل مات وترك داراً وعليه دين فجاء الغرماء يبتغون المال وقال أحد بنيه أنا أعطى ربع الدين ودعوا لى ربع الدار قال أحمد هذه الدار للغرماء لا يرثونها يعنى الأولاد ولا فرق بين ديون الله تعالى وديون الآدميين ولا بين الديون الثابتة في الحياة والمتجددة بعد الموت لسبب منه يقتضى الضمان كحفر بئر ونحوه صرح به القاضى . وهل يعتبر كون الدين محيطاً بالتركة أم لا ظاهر كلام طائفة اعتباره حيث فرضوا المسألة في الدين المستغرق وكلام أبى الخطاب فى انتصاره كالصريح فى قيمته ومنهم من صرح بالمنع من الانتقال وان لم يكن مستغرقا ذكره في مسائل الشفعة وعلى القول بالانتقال فيتعلق حق الغرماء بها جميعا وان لم يستغرقها الدين صرح به صاحب الترغيب وهل تعلق حقهم بها تعلق رهن أو جناية فيه خلاف يتحرر بتحرير مسائل (أحداها) هل يتعلق جميع الدين بالتركة وبكل جزء من أجزائها أو يتقسط ؟ صرح القاضى فى خلافه بالأول ان كان الوارث واحداً وان كان متعدداً انقسم على قدر حقوقهم وتعلق بحصة كل وارث منهم قسطها من الدين وبكل جزء منها كالعبد المشترك إذا رهنه الشريكان بدين عليهما (والثانية) هل يمنع هذا التعلق من نفوذ التصرف وسنذكره والثالثة هل يتعلق الدين بعين التركة مع الذمة فيه للأصحاب ثلاثة أوجه . أحدها ينتقل إلى ذمم الورثة قاله القاضي وأبو الخطاب فى خلافيهما وابن عقيل ومنهم من قيده بالمؤجل ومنهم من خصه بالقول بانتقال التركة اليهم . والثانى هو باق في ذمة الميت ذكره القاضى أيضاً والآمدى وابن عقيل في فنونه وصاحب المغنى وهو ظاهر كلام الأصحاب في ضمان دين الميت . والثالث يتعلق باعيان التركة فقط قاله ابن أبى موسى ورد بلزوم براءة ذمة الميت فيها بالتلف واذا عرف هذا فلهذا الاختلاف فوائد : (منها) نفوذ تصرف الورثة فيها ببيع أو غيره من العقود فان قلنا بعدم الانتقال اليهم ولا إشكال في عدم النفوذ ، وان قلنا بالانتقال فوجهان . أحدهما لا ينفذ قاله القاضي في المجرد وابن عقيل في باب الشركة

من كتابيهما وحمل القاضي في غير المجرد رواية ابن منصور على هذا والثاني ينفذ قاله القاضي وابن عقيل أيضاً في الرهن والقسمة وجملاء المذهب وانما يجوز لهم التصرف بشرط الضمان قاله القاضي قال ومتى خلى الورثة بين التركة وبين الغرماء سقطت مطالبتهم بالديون ونصب الحاكم من يوفيهم منها ولم يملكها الغرماء بذلك وهذا يدل على أنهم إذا تصرفوا فيما طولبوا بالديون كلها كما نقول في سيد الجاني إذا فداه انه يفديه بارش الجناية بالغاً ما بلغ على رواية وكلام أحمد في رواية البرزاطي هاهنا يدل عليه وسنذكره وفي الكافي إنما يضمنون أقل الأمرين من قيمة التركة أو الدين وعلى الأول ينفذ العتق خاصة كعتق الراهن ذكره أبو الخطاب في انتصاره وحكي القاضي في المجرد في باب العتق في نفوذ العتق مع عدم العلم بالدين وجهين وانه لا ينفذ مع العلم وجعل صاحب الكافي مأخذهما أن حقوق الغرماء المتعلقة بالتركة هل يملك الورثة اسقاطها بالتزامهم الاداء من عندهم أم لا ورواية ابن منصور السابقة تدل على أنهم لا يملكون ذلك وفي النظريات لابن عقيل أن عتق الورثة انما ينفذ مع يسارهم دون إعسارهم اعتباراً بعتق موروثهم في مرضه لأن موروثهم كان ملكه ثابتاً فيها بغير خلاف ولا ينفذ عتقه مع الاعسار فلأن لا ينفذ عتقهم مع اعسارهم والاختلاف في ملكهم أولى وهل يصح رهن التركة عند الغرماء قال القاضي في المجرد لا يصح وعلل بأنها كالمرهونة عندهم بحقهم والمرهون لا يصح رهنه وبأن التركة ملك للورثة فلا يصح رهن ملك الغير بغير اذنه فعلى التعليل الأول لا يصح رهن الورثة لها من الغرماء وإن قيل هي ملكهم وعلى الثاني ينبغي أن يصح رهن الموصى لها إذا قلنا ليست ملكاً للورثة (ومنها) نماء التركة فان قلنا لا ينتقل إلى الورثة تعلق حق الغرماء بالنماء كالأصل وإن قلنا ينتقل اليهم فهل يتعلق حق الغرماء بالنماء على وجهين وقد سبق بسط هذه المسئلة في قاعدة النماء (ومنها) لو مات رجل عليه دين وله مال زكوي فهل يبتدىء الورثة حول زكاته من حين موت موروثه أم لا إن قلنا لا تنتقل التركة اليه مع الدين فلا إشكال في أنه لا يجرى في حوله حتى ينتقل إليه وإن قلنا ينتقل انبنى على أن الدين هل هو مضمون في ذمة الوارث أو هو في ذمة الميت خاصة فان قلنا الدين في ذمة الوارث وكان مما يمنع الزكاة انبنى على أن الدين المانع هل يمنع انعقاد الحول من ابتدائه أو يمنع الوجوب في انتهائه خاصة فيه روايتان محكيتان في شرح الهداية والمذهب أنه يمنع الانعقاد فيمتنع انعقاد الحول على مقدار الدين من المال وإن قلنا انما يمنع وجوب الزكاة في آخر الحول منع الوجوب هاهنا آخر الحول في قدره أيضاً وإن قلنا ليس في ذمة الوارث شيء فظاهر كلام اصحابنا ان تعلق الدين بالمال مانع وسنذكره (ومنها) لو كان له شجر وعليه دين فمات فهاهنا صورتان . احداهما أن يموت قبل أن يثمر ثم اثمرت قبل الوفاء فينبني على أن الدين هل يتعلق بالنماء أم لا ؟ فان قلنا يتعلق به خرج على الخلاف في منع الدين الزكاة في الأموال الظاهرة وإن قلنا لا يتعلق به فالزكاة على الوارث

وهذا كله بناء على القول بانتقال الملك اليه أما إن قلنا لاينتقل فلا زكاة عليه الا أن ينفك التعلق قبل بدو صلاحه . الصورة الثانية أن يموت بعد ما أثمرت فيتعلق الدين بالثمرة ثم ان كان موته بعد وقت الوجوب فقد وجبت عليه الزكاة إلا أن نقول إن الدين يمنع الزكاة في المال الظاهر وان كان قبل وقت الوجوب فان قلنا تنتقل التركة الى الورثة مع الدين فالحكم كذلك لأنه مال لهم تعلق به دين ولاسيا ان قلنا إنه فى ذمتهم وان قلنا لاتنتقل التركة اليهم فلا زكاة عليهم وهذه المسئلة تدل على أن النماء المنفصل يتعلق به حق الغرماء بغير خلاف (ومنها) لو مات وله عبيد وعليه دين وأهل هلال الفطر فان قلنا لاينتقل الملك فلا فطرة لهم على أحد وان قلنا ينتقل ففطرتهم على الورثة (ومنهـا) لو كانت التركة حيواناً فان قلنـا بالانتقـال الى الورثة فالنفقـة عليهم والا فمن التركة كمؤنته وكذلك مؤنة المـال كأجرة المخزن ونحوه (ومنهـا) لو مات المدين ولهشقص فباع شريكه نصيبه قبل الوفاء فهل للورثة الاخذ بالشفعة ان قلنـا بالانتقال اليهم فلهم ذلك والا فلا ولو كان الوارث شريك الموروث وبيع نصيب الموروث فى دينهفان قلنا بالانتقال فلا شفعة للوارث لان البيع وقع فى ملكه فلا يملك استرجاعه وان قيل بعده فله الشـفعة لان المبيع لم يكن فى ملكه بل في شركته (ومنها) لو وطىء الوارث الجارية الموروثة والدين يستغرق فأولدهافان قلنا هى ملكهفلاحد ويلزمه قيمتها يوفيمنهاالدين كما لو وطىءالراهن وان قلنا ليست ملكه فلا حد أيضاً لشبهة الملك فانه يملكها بالفكاك فهى كالرهن وعليه قيمتها ومهرها يوفى بها الدين ذكره أبو الخطاب في انتصاره ففائدة الخلاف حينئذ وجوب المهر (ومنها) لو تزوج الابن أمة أبيه ثم قال لها ان مات أبي فأنت طالق وقال أبوه ان مت فأنت حرة ثم مات وعليه دين مستغرق لم تعتق لاستغراق الدين للتركة فلا ثلث للميتلينفذ منه العتق وهل يقع الطلاق قال القاضى فى المجرد نعم وعلل بأنه لم يملكها فهى باقية على نـكاحه وقال ابن عقيل لاتطلق لأن التركة تنتقل إلى الورثة فيسبق الفسخ الطلاق فالوجهان مبنيان على الانتقال وعدمه وكذلك لولم يدبرها الأب سواء وفي المذهب وجه آخر بالوقوع وان قيل بالانتقال حتى ولو لم يكن دين بنى على ماسبق من الطلاق للفسخ وقد ذكرناه فى القواعد (ومنها) لو أقر لشخص فقال له فى ميراثه ألف فالمشهور انه متناقض فى اقراره وفى التلخيص يحتمل أن يلزمه اذ المشهور عندنا ان الدين لايمنع الميراث فهو كما لو قال له فى هذه التركة الف فانه إقرار صحيح وعلى هذا فاذا قلنا بمنع الدين الميراث كان مناقضاً بغير خلاف (ومنها) لو مات وترك ابنين وألف درهم وعليه ألف درهم دين ثم مات أحـد الابنين وترك ابنا ثم أبرأ الغريم الورثة فذكر القاضى انه يستحق ابن الابن نصف التركة بميراثهعن أبيه وذكره فى موضع إجماعاوعلله فى موضع بأن التركة تنتقل مع الدين فانتقل ميراث الابن إلي أبيه وهذايفهم منه انه على القول بمنع الانتقال يختص به ولد الصلب لانه هو الباقى من الورثة وابن الابن ليس

بوارث معه والتركة لم تنتقل إلى أبيه وانما انتقلت بعد موته ويشهد لهذا ماذكره صاحب المحرر في الوصية
إذا مات الموصى له وقبل وارثه فانه يملكه هو دون موروثه على قولنا بملك الوصية من حين القبول
(ومنها) رجوع بائع المفلس في عين ماله بعد موت المفلس ويحتمل بناؤه على هذا الخلاف فان قلنا ينتقل
إلى الورثة امتنع رجوعه وبه علل الامام أحمد وإن قلنا لا ينتقل يرجع به لاسيما والحق هنا متعلق في الحياة
تعلقا متأكداً ومن العجب أن عن أحمد رواية بسقوط حق المرتهن من الرهن بموته فيكون أسوة الغرماء
كغريم المفلس حكاها القاضي وابن عقيل وهذا عكس ما نحن فيه (ومنها) ما نقل البرزاطي عن أحمد أنه
سئل عن رجل مات وخلف ألف درهم وعليه للغرماء أكثر من ألف درهم وليس له وارث غير ابنه فقال ابنه لغرمائه
اتركوا هذا الألف في يدي وأخروني في حقوقكم ثلاث سنين حتى أوفيكم جميع حقوقكم قال إذا كانوا استحقوا
قبض هذه الألف وإنما يؤخرونه ليوفيهم لأجل أن يتركها في يديه فهذا لا خير له فيه إلا أن يقبضوا الألف
منه ويؤخرونه في الباقي ماشاؤا قال بعض شيوخنا تخرج هذه الرواية على القول بأن التركة لا تنتقل قال وان
قلنا تنتقل اليهم جاز ذلك وهو أقيس بالمذهب وتوجيه ما قال ان حق الغرماء في عين التركة دون ذمة
الورثة فاذا اسقطوا حقهم من التعلق بشرط أن يوفيهم الورثة بقية حقوقهم فهو اسقاط بعوض غير لازم
للوارث فان قيل بانتقال التركة الى الوارث فقد أذن له في الانتفاع بماله بعوض يلزمه له في ذمته وان قيل
بعدم الانتقال فهو شبيه بتمليكه ألفا بألفين الى أجل وان لم يكن تمليكا مع ان قول أحمد لا خير فيه
ليس تصريحاً بالتحريم فيحتمل الكراهة قوله ويؤخرونه في الباقي ماشاؤا يدل على أن الورثة إذا تصرفوا
في التركة صاروا ضامنين جميع الدين في ذمتهم فيطالبون به ومتى كان الدين في ذمم الورثة قوى الجواز
لأن انتقاله الى ذممهم فرع انتقال التركة اليهم فيبقى كالمفلس إذا طلب من غرمائه الامهال واسقاط
حقوقهم من أعيان ماله ليوفيهم إياها كاملة الى أجل (ومنها) ولاية المطالبة بالتركة إذا كانت ديناً ونحوه
هل للورثة خاصة أم للغرماء والورثة قال أحمد في رواية عبد الله في رجل مات وخلف وديعة عند رجل
ولم يوص اليه بشيء وخلف عليه ديناً يجوز لهذا المودع أن يدفع إلى ولد الميت فقال إن كان أصحاب الدين
جميعا يعلمون انه مودع ويخاف تبعتهم أن يرجعوا عليه ليخلفوا جميع أصحاب الدين والورثة يسلم اليهم
ونقل صالح نحوه وهذا يدل على أن للغرماء ولاية المطالبة والرجوع على المودع إذا سلم الوديعة إلى الورثة
وحمله القاضي على الاحتياط قال لأن التركة ملك للورثة ولهم الوفاء من غيرها وظاهر كلامه إن قلنا التركة
ملك لهم فلهم ولاية الطلب والقبض وإن قلنا ليست ملكا لهم فليس لهم الاستقلال بذلك وقال الشيخ
مجد الدين عندي ان نص أحمد على ظاهره لأن الورثة والغرماء تتعلق حقوقهم بالتركة كالرهن والجاني
فلا يجوز الدفع الى بعضهم قال وانما المشكل ان مفهوم كلامه جواز الدفع الى الورثة بمفردهم ولعله أراد اذا

وثق بتوفيتهم الدين (انتهى) ولا ريب أن حقوق الورثة تتعلق بها أيضاً وان قلنا لا ينتقل اليهم وهم قائمون مقام الوصى عند عدمه أيضا في إيفائه الديون وغيرها عند طائفة من الاصحاب فالمتوجه هو الدفع الى الورثة والغرماء جميعهم ولا يملكون الدفع الى الغرماء بانفرادهم بكل حال وقد نص أحمد فى رواية مهنا فيمن عنده وديعة وصي بها ربها لرجل ثم مات ان المودع لا يدفعها الى الموصى له فان فعل ضمن ولكن يجمع الورثة والموصى له فان أجازوا والا دفع اليهم جميعاً ولعل هذا فيما اذا لم يثبت الوصية في الظاهر وانما المودع يدعى ذلك أو انها لا تخرج من الثلث وكذلك قال ان أجازوا لغير الورثة والا فالعين الموصى بها اذا خرجت من الثلث لا حق فيها للورثة ولا تنتقل اليهم بكل حال على الصحيح وفي المحرر ان من عليه دين يوصى به لمعين فهو مخير ان شاء دفعه الى الموصى وان شاء دفعه الى الموصى له بخلاف الوصية المطلقة فانه لا يبرأ بدون الدفع الى الوارث والوصي جميعا لانها كالدين وقد نص أحمد أيضا فى رواية أبى طالب فيمن عليه دين لميت وعلى الميت دين فقضا ربه عنه انه يجوز فى الباطن دون الظاهر ووجهه القاضى بأن الورثة لا حق لهم في ذلك المال الذى في مقابلة الدين فلا يكون متصرفا في حقوقهم وهذا متوجه على القول بأن التركة لا تنتقل اليهم مع الدين فلا يكون القضاء من أموالهم ويرجع ذلك الى أن كل مال مستحق يجوز دفعه الى مستحقه مع وجود من له ولاية القبض وقد سبق ذكره في القواعد .

١٣ ـ [الثالثة عشرة] التدبير هل هو وصية أو عتق بصفة في المسألة روايتان ينبني عليهما فوائد كثيرة : (منها) لو قتل المدبر سيده هل يعتق وفيه طريقان أحدهما بناؤه على الروايتين ان قلنا هو عتق بصفة عتق وان قلنا وصية لم يعتق لأن المذهب ان الموصى له اذا قتل الموصى بعد الوصية لم يعتق وهى طريقة ابن عقيل وغيره والثانية انه لا يعتق على الروايتين وهى طريقة القاضى لانه لم يعلقه على موته بقتله إياه (ومنها) بيع المدبر وهبته والمذهب الجواز لانه وصية أو تعليق بصفة وكلاهما لا يمنع نقل الملك قبل الصفة وفيه رواية أخرى بالمنع بناء على أنه عتق بصفة فيكون لازما كالاستيلاء (ومنها) اعتباره من الثلث على المذهب لانه وصية ونقل حنبل أنه من رأس المال وهو متخرج على أنه عتق لازم كالاستيلاء (ومنها) ابطال التدبير والرجوع عنه بالقول وفي صحته روايتان بناهما الخرقي والاصحاب على هذا الاصل فان قيل هو وصية جاز الرجوع عنه وان قلنا عتق فلا وللقاضى وأبى الخطاب فى تعليقهما طريقة أخرى أن الروايتين هنا على قولنا انه وصية لانها وصية تنجت بالموت من غير قبول بخلاف بقية الوصايا وهو منتقض بالوصية لجهات البر ولأبى الخطاب فى الهداية طريقة ثالثة وهى بناء هاتين الروايتين على جواز الرجوع بالبيع اما ان قلنا يمتنع الرجوع بالفعل فالقول أولى (ومنها) لو باع المدبر ثم اشتراه فهل يكون بيعه رجوعاً فلا يعود تدبيره أو لا يكون رجوعاً فيعود فيه روايتان أيضاً بناهما القاضي والاكثرون على هذا الاصل فان قلنا التدبير وصية بطلت بخروجه

عن ملكه ولم يبعد نفوذه وان قلنا هو تعليق بصفة عاد بعود الملك بناء على أصلنا في عود الصفه بعود الملك فى العتق والطلاق وطريقة الخرقى وطائفة من الأصحاب أن التدبير يعود بعود الملك هاهنا رواية واحدة بخلاف ما اذا أبطل تدبيره بالقول وهو يتنزل على أحد أمرين أما أن الوصية لاتبطل بزوال الملك مطلقاً بل تعود بعوده واما ان هذا حكم الوصية بالعتق خاصة (ومنها) لو قال عبدى فلان حر بعد موتى بسنة فهل يصح و يعتق بعد موته بسنة أم يبطل ذلك ؟ على روايتين بناهما طائفة من الأصحاب على هذا الاصل فان قلنا التدبير وصية صح تقييدها بصفة أخرى توجد بعد الموت وان قلنا عتق بصفة لم يصح ذلك وهؤلاء قالوا لو صرح بالتعليق فقال ان دخلت الدار بعد موتى بسنة فأنت حر لم يعتق رواية واحدة وهى طريقة ابن عقيل في اشاراته والصحيح أن هذا الخلاف ليس مبنيا على هذا الاصل فان التدبير والتعليق بالصفة انما يبطل بالموت مع الاطلاق لأن مقتضي الاطلاق وجود الصفة في حياة السيد فأما مع التنفيذ بما يمنع بعد الموت فتنفيذ به ومن الاصحاب من جعل هذا العقد تدبيراً ومنهم من ينفي ذلك ولهم فى حكاية الخلاف فيه أربعة طرق قد ذكرناها في غير هذا الموضع (ومنها) لوكاتب مدبرة فهل يكون رجوعاً عن التدبير ان قلنا التدبير عتق بصفة لم يكن رجوعاً وان قلنا هو وصية انبنى على أن كتابة الموصى به هل تكون رجوعاً فيه وجهان أشهرهما أنه رجوع والمشهور فى المذهب أن كتابة المدبر ليست رجوعاً عن تدبيره ونقل ابن الحكم عن أحمد ما يدل على أنه رجوع (ومنها) لو وصى بعبده ثم دبره ففيه وجهان أشهرهما أنه رجوع عن الوصية والثانى ليس برجوع فعلى هذا فائدة الوصية به أنه لو أبطل تدبيره بالقول لاستحقه الموصى له ذكره في المغنى وقال الشيخ تقى الدين ينبنى على أن التدبير هل هو عتق بصفة أو وصية فان قلنا هو عتق بصفة قدم على الموصى به وإن قلنا هو وصية فقد ازدحمت وصيتان في هذا العبد فينبنى على أن الوصايا المزدحمة إذا كان بعضها عتقا هل يقدم أو يتحاص العتق وغيره على روايتين فان قلنا بالمحاصة فهو كما لو دبر نصفه ووصى بنصفه ويصح ذلك على المنصوص (انتهى) وقد يقال الموصى له إن قيل لا يملك حتى يقبل فقد سبق زمن العتق لزمن ملكه فينفذ وان قيل يملك من حين الموت فقد تقارن زمن ملكه زمن العتق فينبغي تقديم العتق كما نص عليه أحمد في مسألة من عتق عبده ببيعه (ومنها) الوصية بالمدبر والمذهب أنها لاتصح ذكره القاضى وأبو الخطاب فى خلافيهما لان التدبير الطارئ اذا أبطل الوصية على المشهور فكيف يصح طريان الوصية على التدبير ومزاحمتها له وبنى الشيخ هذه المسائل ايضا على الاصول السابقة (ومنها) ولد المدبرة والمشهور أنه يتبعها في التدبير كما ولدته بعده سواء كان موجوداً حال التعليق أو العتق أو حادثا بينهما وحكى القاضى فى كتاب الروايتين فى تبعية الولد روايتين وبناهما على أن التدبير هل هو عتق لازم كالاستيلاد ومن هنا قال أبو الخطاب في انتصاره

تبعية الولد مبنى على لزوم التدبير وخرج أبو الخطاب وجها أنه لا يتبعها الحادث بينهما وإنما يتبعها إذا كان موجودا معها في أحدهما من حكم ولد المعلق عتقها بصفة بناءاً على أن التدبير تعليق بصفة فينبغي على هذا أن يخرج طريقة اخرى أنه لايتبعها ألولد الحادث بينهما بغير خلاف وإنما كان موجودا في أحد الحالين فهل يتبعها على وجهين بناء على أن المدبر وصية وحكم ولد الموصى بها كذلك وعند الاصحاب (ومنها) لو جحد السيد التدبير فالمنصوص عن أحمد أنه ليس برجوع وقال الاصحاب ان قلنا هو عتق بصفة لم يكن رجوعا وإن قلنا هو وصية فوجهان بناء على أن جحد الموصى الوصية هل هو رجوع أم لا .

١٤ ــ [الرابعة عشر] نفقة الحامل هل هي واجبة لها أو لحملها فى المسألة روايتان مشهورتان أصحهما أنها للحمل وهى اختيار الخرقى وأبي بكر ، وينبنى عليهما فوائد . (منها) إذا كان أحد الزوجين رقيقا ، فان قلنا النفقة للزوجة وجبت لها على الزوج لأن نفقة زوجة العبد في كسبه أو تتعلق برقبته حكاه ابن المنذر إجماعا وفي الهداية نفقة زوجته على سيده فتجب هاهنا على السيد وان قلنا : للحمل لم تجب عليه لأنه إن كان هو الرقيق فلا يجب عليه نفقة أقاربه وان كانت هى الرقيقة فالولد مملوك لسيد الأمــة فنفقته على مالــكه . (ومنها) اذا كان الزوج معسراً فان قلنا النفقة للزوجة وجبت عليه وان قلنا للحمل لم تجب عليه لأن نفقة الأقارب مشروطة باليسار دون نفقة الزوجة . (ومنها) لو مات الزوج فهل يلزم أقاربه النفقة إن قلنا هى للحمل لزمت الورثة وان قلنا هى للزوجة لم يلزمهم بحال . (ومنها) لو غاب الزوج فهل تثبت النفقة في ذمته فيه طريقان . أحدهما ان قلنا هى للزوجة ثبتت في ذمته ولم تسقط بمضى الزمان على المشهور من المذهب وان قلنا : هى للحمل سقطت لأن نفقة الأقارب لاتثبت في الذمة والثانى لا تسقط بمضى الزمان على الروايتين وهى طريقة المغنى وعلل بأنها مصروفة الى الزوج ويتعلق حقها بها فهى كنفقتها . و يشهد له قول الاصحاب لولم ينفق عليها يظنها حائلا ثم تبين أنها حامل لزم نفقة الماضى [(ومنها) اذا اختلعت الحامل بنفقتها فهل يصح جعل النفقة عوضا للخلع . قال الشيرازي : ان قلنا النفقة لها تصح وان قلنا للحمل لم تصح لانها لم تملكها . وقال القاضى والا كثرون : يصح على الروايتين لانها مصروفة اليها وهى المنتفعة بها] (ومنها) لو نشزت الزوجة حاملا فان قلنا نفقة الحمل لها سقطت بالنشوز وان قلنا للحمل لم تسقط به . (ومنها) الحامل من وطء الشبهة أو نــكاح فاسد هل تجب نفقتها على الواطىء ان قلنا النفقة لها لم تجب لأن النفقة لا تجب للموطوءة بشبهة ولا في نــكاح فاسد لانه لا يتمكن من الاستمتاع بها الا أن يسكنها في منزل يليق بها تحصينا لمائه فيلزمها ذلك ذكره فى المحرر وتجب لها النفقة حينئذ ذكره الشيخ تقى الدين . وان قلنا : النفقة للحمل وجبت لان النسب لاحق بهــذا الواطىء ونص أحمد فى رواية ابن الحــكم على وجوب النفقة لها وقال الشيخ تقى الدين يتوجه وجوب النفقة لها مطلقاً من غير حمل كما يجب

لها المهر المسمى ويتقرر بالخلوة على المنصوص لانها محبوسة عليه في العقد الفاسد ولا تتزوج عندنا بدون طلاقه وقاسه على العبد المقبوض بعقد فاسد ولو ألزم حاكم بالنفقة في النكاح الفاسد المختلف فيه لاعتقاد صحته فللزوج الرجوع بالنفقة عند من يرى فساده ذكره القاضي في المجرد وذكر صاحب المغنى احتمالا بعدم الرجوع لانه نقض للحكم المختلف فيه ولا يجوز مالم يخالف كتابا أو اجماعا وذكر في المغنى أيضاً انه لو انفق في النكاح الفاسد من غير حاكم لم يرجع لانه ان علم فساده كان متبرعا وان لم يعلم فهو مفرط (ومنها) لو كان الحمل موسراً بأن يوصى له بشيء فيقبله الاب فان قلنا النفقة له سقطت نفقته عن أبيه وان قلنا لامه لم تسقط ذكره القاضي في خلافه (ومنها) لو دفع اليها النفقة فتلفت بغير تفريط فان قلنا النفقة لها لم يلزم بدلها وان قلنا للحمل وجب إبدالها لان ذلك حكم نفقة الاقارب (ومنها) لو اعتق الحامل من ملك يمينه فهل يلزمه نفقتها ان قلنا النفقة لها لم تجب الا حيث تجب نفقة العتق وان قلنا النفقة للحمل وجبت بكل حال (ومنها) فطرة المطلقة الحامل ان قلنا النفقة لها وجبت لها الفطرة وان قلنا للحمل ففطرة الحمل على أبيه غير واجبة على الصحيح (ومنها) هل تجب السكنى للمطلقة الحامل ان قلنا النفقة لها فلها السكني أيضا وان قلنا للحمل فلا سكنى لها ذكره الحلواني في التبصرة (ومنها) نفقة المتوفى عنها اذا كانت حاملا وفي وجوبها روايتان بناهما ابن الزاغوني على هذا الا انه قال : فان قلنا النفقة للحمل وجبت من التركه كما لو كان الاب حيا وان قلنا المرأة لم تجب وهذا لايصح لان نفقة الاقارب لاتجب بعد الموت والأظهر ان الأمر بالعكس وهو أنا ان قلنا للحمل لم يجب للمتوفى عنها لهذا المعنى وان قلنا للمرأة وجبت لأنها محبوسة على الميت لحقه فتجب نفقتها من ماله وقد سبق ذكر ذلك في قاعدة الحمل. هل له حكم أم لا ؟ (ومنها) البائن في الحياة بفسخ أو طلاق إذا كانت حاملا فلها النفقة وحكى الحلواني وإبنه رواية أنه لا نفقه لها كالمتوفي عنها وخصها إبنه بالمبتوتة بالثلاث وبناها على أن النفقه للمرأة والمبتوتة لاتستحق نفقه وإنما تستحق النفقه إذا قلنا هي للحمل وهذا متوجه في القياس إلا أنه ضعيف مخالف للنص والاجماع فيما أظن ووجوب النفقه للمبتوتة الحامل يرجح القول بأن النفقه للحمل (ومنها) لو تزوج إمرأة على أنها حرة فبانت أمة وهو ممن يباح له نكاح الإماء ففسخ بعد الدخول وهي حامل منه ففي كتاب النكاح من المجرد هو النكاح الفاسد إن قلنا النفقة للحمل وجبت على الزوج وإن قلنا للحامل لم تجب عليه وذكر في النفقات ما يدل علي وجوبها على الروايتين وهو الصحيح لأن هذا نكاح صحيح فيلزم فيه النفقه وفي عدته (ومنها) لو وطئت الرجعية بشبهة أو نكاح فاسد ثم بان بها حمل يمكن أن يكون من الزوج والواطئ فيلزمها أن تعتد بعد وضعه عدة الواطئ فأما نفقتها في مدة هذه العدة فان قلنا النفقه للحمل فعليهما النفقة عليها حتى تضع لأن الحمل لأحدهما يقينا ولا نعلم عينه ولا ترجع

المرأة على الزوج بشيء من الماضي وإن قلنا النفقة للحامل فلا نفقة لها على واحد منهما مدة الحمل لأنه يحتمل أنه من الزوج فيلزمه النفقة ويحتمل أنه من الآخر فلا نفقة لها (عليه) فلا تجب بالشك فاذا وضعته فقد علمنا أن النفقة على أحدهما وهو غير معين فيلزمهما جميعا النفقة حتى ينكشف الأب منهما وترجع المرأة على الزوج بعد الوضع بنفقة أقصر المدتين من مدة الحمل أو قدر ما بقي من العدة بعد الوطء الفاسد لأنها تعتد عنه بأحدهما قطعا ثم إذا زال الاشكال والحقته القافة بأحدهما بعينه عمل بمقتضى ذلك فان كان معها وفق حقها من النفقة وإلا رجعت على الزوج بالفضل ولو كان الطلاق بائنا فالحكم كما تقدم فى جميع ما ذكرنا إلا فى مسألة واحدة وهي أنه لا ترجع المرأة بعد الوضع بشيء على الزوج سواء قلنا النفقة للحمل أو للحامل لأن النفقة لا تستحق مع البينونة إلا بالحمل وهو غير متحقق هنا أنه منه بخلاف الرجعية ذكر ذلك كله القاضي في المجرد . ولو قيل فى صورة الرجعية إذا قلنا النفقة للحمل إنها تجب على من خرجت عليه القرعة من الزوج والواطئ وكذا بعد الوضع وقبل ثبوت نسبه من أحدهما ليوجبه الا أن يقال يحتمل أن يكون منهما جميعا فتمتنع القرعة على أحدهما لذلك ومتى ثبت نسبه من أحدهما فقال القاضى فى موضع من المجرد يرجع عليه الآخر بما أنفق لأنه لم ينفق متبرعا وقيده فى موضع آخر منه بأنه يشترط الرجوع وينفق باذن الحاكم فان شرط الرجوع وأنفق من غير إذن حاكم فعلى روايتين كقضاء الدين وقد ذكرنا ذلك مستوفى فى القواعد والصحيح هنا الرجوع مطلقا لأنه واجب عليه فى الظاهر وقد ذكر صاحب المغنى أن الملاعنة لو أنفقت على الولد ثم استلحقه الملاعن رجعت عليه لأنها إنما أنفقت لظنها أنه لا أب له وأما إذا قلنا النفقة للحامل فانا لم نوجب لها النفقة على واحد منهما لأن الحامل لا نفقة لها على الواطئ بشبهة أو فى نكاح فاسد كما سبق والزوج ليس بمتمكن من الإستمتاع بها في حالة الحمل لأن الرجعية إذا حملت فى عدة من شبهة انقطعت عدة الزوج من مدة الحمل وحرم على الزوج الاستمتاع بها وهل له رجعتها في هذه المدة لبقاء بقية عدته عليها على وجهين وجزم القاضى فى خلافه بالمنع ورجح صاحب المغنى الجواز على الوجهين لا نفقة لها لتحريم الاستمتاع بها على الزوج سواء كانت مكنت من الوطء أو لا فانه لو غصبها غاصب فلا نفقة لها .

١٥ [الخامسة عشرة] القتل العمد هل موجبه القود عنها أو أحد أمرين في المسألة روايتان وقد سبق ذكرهما وفوائدهما في القواعد بما يغنى عنه

١٦ [السادسة عشرة] المرتد هل يزول ملكه بالردة أم لا في المسألة روايتان إحداهما لا يزول ملكه بل هو باق عليه كالمستمر على عصمته والثانية تزول وفي وقت زواله روايتان إحداهما من حين موته مرتدا والثانية من حين ردته فان أسلم أعيد إليه ماله ملكا جديداً وهي اختيار أبي بكر وابن إبى موسى وفيه

رواية ثالثة أنا نتبين بموته مرتدا زوال ملكه من حين الردة ولهذا الإختلاف فوائد كثيرة (منها) لو ارتد في أثناء حول الزكاة فان قلنا زال ملكه بالردة انقطع الحول بغير تردد . وإن قلنا لا يزول فالمشهور أن الزكاة لا تجب عليه وإن عاد إلى الإسلام فينقطع الحول أيضا لأن الإسلام من شرائط وجوب الزكاة فيعتبر وجوده في جميع الحول . وحكى ابن شاقلا رواية أنه تجب عليه الزكاة إذا عاد لما مضى من الأحوال واختارها ابن عقيل وإن ارتد بعد الحول لم تسقط عنه إلا إذا عاد إلى الإسلام وقلنا إن المرتد لا يلزمه قضاء ما تركه قبل الردة من الواجبات والصحيح من المذهب خلافه (ومنها) لو ارتد المعسر ثم أيسر في زمن ارتداده ثم عاد إلى الاسلام وقد أعسر فان قلنا إن ملكه يزول بالردة لم يلزمه الحج باليسار السابق وان قلنا لا يزول ملكه فهل يلزمه الحج بذلك اليسار ينبني على وجوب العبادات عليه في حال الردة والزامه قضاءها بعد عوده الى الاسلام والصحيح عدم الوجوب فلا يكون بذلك مستطيعاً (ومنها) حكم تصرفاته بالمعاوضات والتبرعات وغيرها فان قلنا لا يزول ملكه بحال فهى صحيحة نافذة وان قلنا يزول بموته أقر المال بيده في حياته ونفذت معاوضاته ووقفت تبرعاته المنجزة والمعلقة بالموت فاذا مات ردت كلها وان لم تبلغ الثلث لأن حكم الردة حكم المرض المخوف وانما لم تنفذ من ثلثه لأن ماله يصير فيئاً بموته مرتداً وان قلنا يزول ملكه في الحال جعل في بيت المال ولم يصح تصرفه فيه بحال لكن ان أسلم رد اليه ملكا جديداً وإن قلنا هو موقوف مراعى حفظ الحاكم ماله ووقفت تصرفاته كلها فان أسلم أمضيت وإلا تبينا فسادها (تنبيه) انما تبطل تصرفاته لنفسه في ماله فلو تصرف لغيره بالوكالة صح ذكره القاضي وابن عقيل لأن إبطال تصرفاته انما هو لزوال ملكه ولا أثر لذلك في تصرفه بالوكالة نعم لو كان قد وكل وكيلا ثم ارتد وقلنا يزول ملكه بطلت وكالته ولو تصرف لنفسه بنكاح لم يصح لأن الردة تمنع الاقرار على النكاح وان زوج موليته لم يصح لزوال ولايته بالردة حتى عن أمته الكافرة (ومنها) لو باع شقصا مشفوعا في الردة فان قلنا بصحة بيعه أخذ منه بالشفعة والا فلا ولو بيع في زمن ردته شقص فجعل في تركته فان قلنا ملكه باق أخذ بالشفعة والا فلا (ومنها) لو حاز مباحاً أو عمل عملا بأجرة فان قلنا ملكه باق ملك ذلك وان قلنا زال ملكه لم يملكه فان عاد الى الاسلام بعد ذلك فهل يعود ملكها اليه؟ فيه احتمالان مذكوران في المغنى (ومنها) الوصية له وفي صحتها وجهان بناء على زوال ملكه و بقائه فان قلنا زال ملكه لم تصح الوصية له وإلا صحت (ومنها) ميراثه فان قلنا لا يزول ملكه بحال فهو لورثته من المسلمين أو من دينه الذى اختاره على اختلاف الروايتين في ذلك وان قلنا يزول ملكه من حين الردة أو بالموت فماله فيء ليس لورثته منه شيء (ومنها) نفقة من تلزمه نفقته فان قلنا ملكه باق ولو في حياته أو مراعي أنفق عليهم من ماله مدة الردة ، وان قلنا زال بالردة فلا نفقة لهم منه في مدة الردة لأنه لا يملكه (ومنها) قضاء

ديونه وهو كالنفقة فيقضي ديونه على الروايات كلها إلا على رواية زوال ملكه من حين الردة فلا تقضى منه الديون المتجددة فى الردة وتقضى منه الديون الماضية فانه إنما يكون فيئاً ما فضل عن أداء ديونه ونفقات من يلزمه نفقته لأن هذه الحقوق لايجوز تعطيلها فيؤخذ من ماله ويصير الباقى فيئاً (ومنها) لو دبر عبداً ثم ارتد السيد ثم عاد الى الاسلام فان قلنا لايزول ملكه فالتدبير بحاله وان قلنا زال ملكه انبنى على أن زوال الملك عن المدبر هل يبطل تدبيره أم لا وجزم ابن أبي موسى ببطلان تدبيره .

١٧ [السابعة عشرة] الكفار هل يملكون أموال المسلمين بالاستيلاء أم لا . المذهب عند القاضى أنهم يملكونها من غير خلاف والمذهب عند أبى الخطاب في انتصاره أنهم لايملكونها . وقد نقل أبو طالب عن أحمد مايدل على ذلك وحكى طائفة روايتين في المسألة منهم ابن عقيل في فنونه ومفرداته وصحح فيها عدم الملك وقال الشيخ تقى الدين ان أحمد لم ينص على الملك ولا على عدمه وانما نص على أحكام أخذ منها ذلك والصواب أنهم يملكونها ملكا مقيداً لا يساوى أملاك المسلمين من كل وجه ولهذا الخلاف فوائد : (منها) أن من وجد من المسلمين عين ماله قبل القسمة أخذه مجانا بغير عوض وان وجده بعد القسمة فالمنصوص عن أحمد أنه لا يأخذه بغير عوض وهل يسقط حقه منه بالكلية أو يكون أحق به بالثمن على روايتين واختار أبو الخطاب أنه أحق به مجانا بكل حال وقد قال أحمد فى رواية أبى طالب هذا هو القياس لأن الملك لايزول إلا بهبة أو صدقة ولكن عمر قال لا حق له فيه (ومنها) اذا قلنا يملكون أموال المسلمين فغنمت منهم ولم يعلم أربابها من المسلمين فانه يجوز قسمتها والتصرف فيها ومن قال لايملكوها فقياس قوله أنه لا يجوز قسمتها ولا التصرف بل توقف كاللقطة ذكره صاحب المغني وغيره وأما ما عرف مالكه من المسلمين فانه لا يجوز قسمته بل يرد اليه على القولين ونص عليه أحمد في رواية غير واحد وقيد ذلك من رواية أبي داود فيما اذا كان مالكه بالقرب (ومنها) إذا أسلموا وفى أيديهم أموال المسلمين فهى لهم نص عليه أحمد وقال فى رواية أبى طالب ليس بين الناس اختلاف في ذلك ، وهذا يتنزل على القول بالملك فان قيل لا يملكونها فهى لربها متى وجدها وقاله أبو الخطاب فى انتصاره ونفى صاحب المغنى الخلاف في المذهب في المسألة فكأنه ظن أن أبا الخطاب وافق عليها فانه لم يقف على الانتصار . ولعل مأخذه أن الشارع ملك الكافر باسلامه ما فى يده من أموال المسلمين بقوله من أسلم على شيء فهو له فهذا تمليك جديد يملكونها به لا بالاستيلاء الاول والله أعلم .

وقد قيل إن هذا يرجع الى كل ماقبضه الكافر من الأموال وغيرها قبضاً فاسداً يعتقدون جوازه فانه يستقر لهم بالاسلام كالعقود الفاسدة والانكحة والمواريث وغيرها ولهذا لا يضمنون ما أتلفوه على المسلمين من النفوس والأموال بالاجماع (ومنها) لو كان لمسلم أمتان أختان فأبقت احداهما إلى دار

الحرب فاستولوا عليها فله وطء الباقية عنده لأن ملكه زال عن أختها وقياس قول أبي الخطاب لايجوز حتى يحرم الآبقة بعتق أو نحوه لانه يمنع من وطء إحدى الاختين ابتداء قبل تحريم الأخرى (ومنها) لو استولى العدو على مال مسلم ثم عاد اليه بعد حول أو أحوال فان قلنا ملكوه فلا زكاة عليه لما مضى من المدة بغير خلاف وان قلنا لم يملكوه فهل يلزمه زكاته لما مضى على روايتين بناء على زكاة المال المغصوب والضائع من ربه (ومنها) لو أعتق المسلم عبده الذى استولي عليه الكفار فان قلنا ملكوه لم يعتق وإلا عتق (ومنها) لو سبى الكفار أمة مزوجة بمسلم فان قلنا يملكونها فالقياس أنه ينفسخ النكاح لانهم يملكون رقبتها ومنافعها فيدخل فيه منفعة بضعها فينفسخ نكاح زوجها كما ينفسخ نكاح الكافرة المسبية لسبينا لها لهذا المعنى . ومن الاصحاب من علل انفساخ الكافرة المسبية بالجهل ببقاء زوجها فيكون كالمعدوم وعلى هذا يمتنع انفساخ النكاح هاهنا وأبو الخطاب منع من انفساخ النكاح بالسبى بكل حال وهو قول شاذ مخالف الكتاب والسنة. والعين المؤجرة كالامة المزوجة سواء فاما الزوجة الحرة فلا ينفسخ النكاح بسببها لانهم لايملكون الحرة بالسبى فلا يملكون بضعها وفى مسائل ابن هانىء عن أحمد اذا سبيت المرأة ولها زوج ثم استنقذت تعود الى زوجها ان شاءت وهذا يدل على انفساخ النكاح بالسبى ووجهه أن منافع الحرة فى حكم الاموال ولهذا تضمن بالغصب على رأى فجاز أن تملك بالاستيلاء بخلاف غيره لاسيا والاستيلاء سبب قوى يملك به مالا يملك بالعقود الاختيارية ولهذا يملكون به المصاحف والرقيق المسلم ويملكون به كام الولد على رواية فجاز أن يملكوا به منفعة بضع الحرة ولايلزم من ذلك اباحة وطئها لهم لأن تصرفهم فى أموال المسلمين لايباح لهم وان قيل إنهم يملكونها وعلى هذا فلو سبوا أجيراً مستأجرا لمسلم انفسخت الاجارة أيضاً . وقد تأول الآمدى قول أحمد ترجع اليه ان شاءت على أن المراد ان شاءت ترجع اليه فى العدة فى من وطء أهل الحرب وان شاءت اعتدت في موضع آخر لان العدة ليست بحق له وانما هى حق عليها لزمها في غير جهته ولايخفى بعد هذا التأويل من كلام أحمد وأن كلامه لايدل عليه بوجه (ومنها) لو استولى الكفار على مدبر لمسلم ثم عاد الي سيده فهل يبطل تدبيره؟ ان قلنا إنهم لم يملكوه لم يبطل وان قلنا ملكوه انبنى على أن المدبر اذا زال الملك فيه فهل يبطل التدبير أم لا على روايتين وجزم ابن أبى موسى ببطلانه هاهنا فاما المكاتب فلا تبطل كتابته لانه يجوز بيعه ويبقى على كتابته وكذلك المرهون لان الملك ينتقل فيه بالارث وغيره والرهن باق (سؤال) عندكم الكافر لايملك انتزاع ملك المسلم بالشفعة قهراً مع أنها معلومة فكيف يملك عليه قهراً بغير عوض (الجواب) عنه أن الكفار لايملكون أموال المسلمين بمجرد الاستيلاء على المنصوص عن أحمد بل بالحيازة الى دارهم فعلى هذا لايثبت لهم تملك في دار الاسلام وعلى الرواية الاخرى المخرجة أنهم يملكون بمجرد الاستيلاء فالمستولي عليه اما أن يكون

عقاراً فلايتصور استيلاءهم عليه الا بمصير الدار دار حرب فلا ملك لهم في دار الاسلام أيضا واما أن يكون منقولا فالمنقول يخالف حكمه حكم العقار لأن العقار يختص بدار الاسلام والكافر ملتجىء اليها ومستذم ومتحصن بها وليس من اهلها بالاصالة فهو كالمستأجر مع المالكين ولهذا يمنع الكافر من احياء الموات فى دار الاسلام على قول مع أنه زيادة عمارة وليس الموات ملكا لمعين من المسلمين فكيف يمكن من انتزاع ملك المسلم المعين واذا كان المسلم يباح له مزاحمة الكافر فيما ثبت له فيه حق رغبة وابطال حقه منه بعد سبقه اليه بالخطبة على خطبته والسوم على سومه كما نص عليه أحمد استدلالا بالحديث فكيف يمكن من نقص ملك المسلم وانتزاعه منه قهراً بعد ثبوت الملك له هذا باطل قطعاً وهذا أحسن من الاستدلال بقوله واذا لقيتموهم في طريق فاضطروهم الى أضيقه مع أنى لم أر أحدا استدل به وقد استدل أحمد بحديث الطريق وبالامر باخراجهم من جزيرة العرب

١٨ [الثامنة عشرة] الغنيمة هل تملك بالاستيلاء المجرد أم لا بد معه من نية التمليك المنصوص عن أحمد وعليه أكثر الأصحاب أنها تملك بمجرد الاستيلاء وازالة أيدي الكفار عنها وهل يشترط مع ذلك فعل الحيازة كالمباحات أم لا قال القاضى في خلافه لا يملك بدون احتياز الملك وتردد فى الملك قبل القسمة هل هو باق للكفار أو أن ملكهم انقطع عنها وينبنى على هذا الخلاف فوائد عديدة

(منها) جريانه فى حول الزكاة فان كانت الغنيمة أجناساً لم ينعقد عليها حول بدون القسمة وجهاً واحداً لان حق الواحد منهم لم يستقر فى جنس معين وإن كانت جنساً واحداً فوجهان أحدهما ينعقد الحول عليهما بالاستيلاء بناء على حصول الملك به قاله القاضي فى المجرد وابن عقيل والثانى لاينعقد بدون القسمة قاله القاضى فى خلافه وحكاه عن ابى بكر وبناه على أن الملك لايثبت فيها بدون اختيار التملك لفظاً وهذا بعيد لان أبا بكر يقول بنفوذ العتق قبل القسمة ولأنه لو كان كذلك لانعقد الحول عليها باحتياز التملك دون القسمة اذ القسمة بمجردها لايفيد الملك عند القاضى وانما مأخذ أبى بكر أن استحقاق الغانمين ليس على وجه الشركة المحضة ولذلك لايتعين حق أحدهم في شيء منها بدون حصوله له بالقسمة فلا ينعقد عليها الحول قبلها كما لو كانت أصنافاً (ومنها) لو أعتق أحد الغانمين رقيقاً من المغنم بعد ثبوت رقه أو كان فيهم من يعتق عليه بالملك عتق إن كان بقدر حقه وان كان حقه دونه فهو كمن اعتق شقصاً من عبد نص عليه في رواية المروذى وابن الحكم واختاره أبو بكر والقاضى في المجرد وقال في الخلاف لايعتق حتى يسبق تملكه لفظاً ووافقه أبو الخطاب في انتصاره ولكنه أثبت الملك بمجرد قصد التملك واختار صاحب المحرر المنصوص فيما إذا كانت الغنيمة جنساً واحداً وقول القاضى فيما اذا كانت أجناسا كما سبق فى الزكاة وفى الارشاد لابن ابى موسى ان أعتق جارية معينة قبل القسمة لم يعتق فان حصلت له

بعدذلك بالقسمة عتقت قال وإن كان في السبى من يعتق عليه بالملك عتق عليه ان كان بقدر حصته والا عتق منه بقدرحصته فكأنه جعله عتقا قهريا كالارثوفرق بينه وبين العتق الاختيارى (ومنها) لو استولد أحد الغانمين جارية من السبي قبل القسمة فالمنصوص أنها تصير أم ولد له ويضمن لبقية الغانمين حقوقهم منهاوقال القاضي فىخلافهلاتصير مستولدة له وانما يتعين حقـه فيها لان حملها بحر يمنع بيعها وفي تأخير قسمتها حتى تضع ضرر على اهل الغنيمة فوجب تسليمها اليه من حقه وهذا بعيد جداً . ولابىالخطاب في انتصاره طريقة أخرى وهى أنه انما نفذ استيلادها لشبهة الملك فيها وان لم ينفذ اعتاقها كما ينفذ استيلاد الابن في أمة أبيه دون اعتاقها وهو أيضا ظاهر ماذكره صاحب المحرر وحكي فى تعليقه على الهدايةاحتمالا آخر بالفرق بين أن تـكون الغنيمة جنسا واحداً أو أجناسا كما ذكره في العتق (ومنها) لو أتلف أحـد الغانمين شيئا من الغنيمة قبل القسمة فان قلنا الملك ثابت فيها فعليه ضمان نصيب شركائه خاصة ونص عليه أحمد في الاستيلاد وان قلنا لم يثبت الملك فيها فعليه ضمان جميعها (ومنها) لو اسقط الغانم حقه قبل القسمة ففيه طريقان أحدهما أنه مبنى على الخلاف فان قلنا بملكوها لم يسقط الحق بذلك والا سقط وهو ظاهر ما ذكره القاضىفيخلافه والثانى يسقط على القولين لضعف الملك وعدم استقراره وهو ماذكره صاحب المحرر والترغيب (ومنها) لو مات أحدهم قبل القسمة والاحتياز فالمنصوص أن حقه ينتقل إلى ورثته وظاهر كلام القاضى أنه وافق على ذلك وجعل الموروث هو الحق دون المال وفى الترغيب ان قلنا لايملك بدون الاحتياز فمن مات قبله فلا شيء له ولا يورث عنه كحق الشفعة ويحتمل أن يقال على هذا يكتفي بالمطالبة فى ميراث الحق كالشفعة (ومنها) لو شهد أحد الغانمين بشيء من المغنم قبل القسمة فان قلنا قد ملكوه لم يقبل كشهادةأحد الشريكين للآخر وان قلنا لم يملكوا قبلت ذكره القاضى فىخلافه قال الشيخ تقي الدين وفي قبولها نظر وإن قلنا لم يملـكوا لانها شهادة تجر نفعا قلت هذا ذكره القاضى في مسئلة ماإذا وطىء أحد الغانمين جارية من المغنم وذكر فى مسئلة السرقة من بيت المـال والغنيمة أنه لايقبل شهادة أحد الغانمين بمال الغنيمة مطلقا وهو الاظهر

١٩ [التاسعة عشرة] القسمة هل هى افراز أو بيع المذهب أن قسمة الاجبار وهى مالا يحصل فيه رد عوض من أحد الشريكين ولا ضرر عليه افراز لابيع وذهب ابن بطة الى أنها كالبيع في أحكامه وحكي الآمدى روايتين قال الشيخ مجد الدين الذى يتحررعندى فيما فيه رد أنه بيع فيما يقابل الردوافرازفى الباقى لأن أصحابنا قالوا فيقسمة الطلق عن الوقف اذا كان فيها ردمن جهة صاحب الوقف جاز لأنه يشتري به الطلق وان كان في جهة صاحب الطلق لم يجز ويتفرع على الاختلاف فى كونها إفرازا أو بيعا فوائد كثيرة :
(منها) لو كان بينهما ماشية مشتركة فاقتسماها فى أثناء الحول و استداما خلطة الأوصاف فان قلنا القسمة

افراز لم ينقطع الحول بغير خلاف وإن قلنا بيع خرج على بيع الماشية بجنسها في أثناء الحول هل يقطعه أم لا (ومنها) إذا تقاسما وصرحا بالتراضى واقتصرا على ذلك فهل يصح إن قلنا هى افراز صحت وإن قلنا بيع فوجهان حكاهما صاحب الترغيب وكأن مأخذهما الخلاف في اشتراط الايجاب والقبول وظاهر كلامه أنها تصح بلفظ القسمة على الوجهين ويتخرج أن لا يصح من الرواية التى حكاها في التلخيص باشتراط لفظ البيع والشراء في البيع (ومنها) لو تقاسموا ثمر النخل والعنب على الشجر أوالزرع المشتمل في سنبله خرصا أو الربويات على مايختارون من كيل أو وزن فان قلنا هى إفراز جاز ونص عليه أحمد فى رواية الأثرم في جواز القسمة بالخرص وإن قلنا بيع لم يصح وفى الترغيب إشارة الى خلاف فى الجواز مع القول بالافراز وكذلك لو تقاسموا الثمر على الشجر قبل صلاحه بشرط التبقية فيجوز على القول بالافراز دون البيع (ومنها) لو كان بعض العقار وقفا وبعضه طلقا وطلب أحدهما القسمة جازت إن قلنا هى افراز وإن قلنا بيع لم يجز لأنه بيع للوقف فأما إن كان الكل وقفا فهل يجوز قسمته فيه طريقان . أحدهما أنه كافراز الطلق من الوقف سواء وهو المجزوم به فى المحرر . والثانى انه لا يصح قسمته على الوجهين جميعاً على الأصح وهى طريقة الترغيب وعلى القول بالجواز فهو مختص بما إذا كان وقفا على جهتين لا على جهة واحدة صرح به الأصحاب نقله الشيخ تقى الدين (ومنها) قسمة المرهون كله أو نصفه مشاعا إن قلنا هى افراز صحة وإن قلنا بيع لم تصح ولو استقر بها المرتهن فان رهنه أحد الشريكين حصته من حق معين من دار ثم اقتسما لحصل البيت في حصة شريكه فظاهر كلام القاضى أنه لا يمنع منه على القول بالافراز قال صاحب المغنى يمنع منه (ومنها) إذا اقتسما أرضاً فبنى أحدهما في نصيبه وغرس ثم استحقت الأرض يقلع غرسه وبناؤه فان قلنا هى افراز لم يرجع على شريكه وان قلنا بيع رجع عليه بقيمة القبض إذا كان عالماً بالحال دونه ذكره في المغنى وجزم القاضى بالرجوع عليه مع قوله إن القسمة إفراز (ومنها) ثبوت الخيار فيها وفيه طريقان . أحدهما ينبنى على الخلاف وان قلنا افراز لم يثبت فيها خيار وان قلنا بيع ثبت وهو المذكور فى الفصول والتلخيص وفيه مايوهم اختصاص الخلاف في خيار المجلس فأما خيار المجلس فلا يثبت فيها على الوجهين والثانى يثبت فيها خيار المجلس وخيار الشرط على الوجهين قاله القاضى فى خلافه معللا بأن ذلك جعل للارتياء فيما فيه الحظ وهذا المعنى موجود فى القسمة . وقال الشيخ تقى الدين وهذا صريح في أن قسمة التراضى افراز لأن قسمة الاجبار لامعنى لثبوت الخيار فيها إذ فى كل لحظة يملك الاجبار فلا يقع ثبوت الخيار فى فسخها وذكر أيضاً انه حيث وجبت القسمة فينبغى أن تكون لازمة لأن أحدهما لو فسخها كان للآخر مطالبته باعادتها فلا فائدة فيه وقد يكون فيه ضرر على أحدهما فانه قد يتصرف فيما حصل له ولغيره فاذا انقضت

القسمة تقرر بذلك ولم يحصل له الانتفاع ولا سيما إن تكرر ذلك من شريكه مضارة . قلت ويشهد لهذا ما ذكره القاضي في خلافه في المعنيين بالنفقة إذا طلق الحاكم عليه رجعيا ثم ارتجع من غير يسار تجدد له أنه لا يصح رجعته لما فيه من إعادة الضرر الذى أزلناه بالطلاق وقال ابن عقيل فى عمد الأدلة وصاحب المغنى له الرجعة فاذا ارتجع عادت المطالبة له فان طلق عليه حتى يستوفى الطلاق الثلاث وأخذه ابن عقيل من المولى عليه إذا طلق في أثناء المدة بعد طلب الفيئة طلاقا رجعيا فان له رجعتها ويطالب بالفيئة ثانيا والقاضى يفرق بينهما بأن رجعة المولي أقرب الى حصول مقصود المرأة من الفيئة من حال العدة الجارية إلى البينونة بخلاف رجعة المعسر ولكن لا يتوجه على قول ابن عقيل التمكين من فسخ قسمة الاجبار هنا لأن الضرر في الطلاق لا يتأبد لأنه محدود بثلاث مرات بخلاف ضرر الفسخ هنا فانه يكون لانهاية له وذكر الشيخ تقى الدين ان المولى إذا طلق لم يكن من الرجعة إلا بشرط أن يفىء لأن أصل الرجعة إنما أباحها الله لمن أراد الاصلاح فكيف بالمولى الذى يظهر منه قصد الاضرار فلا يمكن من الرجعة بدون شرط الفيئة لأن ارتجاعه زيادة فى الاضرار وذكر فى الكافى في هذه المسأله أنهما ان اقتسما بانفسهما لم يلزم القسمة إلا بتراضيهما وتفرقهما كالبيع وان قسم بينهما الحاكم أو قاسمه أو عدل عالم نصّفاه بينهما لزمت قسمته بغير رضاهما إلا أن يكون فيها رد فوجهان نظراً الى انها بيع فيقف على الرضاء والى ان المقاسم كالحاكم وقرعته كحكمه (ومنها) ثبوت الشفعة فيها وفيه طريقان أحدهما بناؤه على الخلاف فان قلنا افراز لم يثبت والا ثبت وهو ما ذكره السامرى في باب الربا والثانى لا يوجب الشفعة على الوجهين قاله القاضى وصاحب المحرر لأنه لو ثبت لأحدهما على الآخر ثبت للآخر عليه فيتنافيان ومنها قسمة المتشاركين فى الهدى والاضاحى اللحم فان قلنا افراز جازت وإن قلنا بيع لم يجز وهذا ظاهر كلام الأصحاب (ومنها) لو حلف لا يبيع فقاسم فان قلنا القسمة بيع حنث والا فلا ذكره الأصحاب وقد يقال الأيمان محمولة على العرف ولا تسمى القسمة بيعاً في العرف فلا يحنث بها ولا بالحوالة ولا بالاقالة وإن قيل هي بيوع (ومنها) لو اقتسم الورثة العقار ثم ظهر على الميت دين أو وصية فان قلنا هى افراز فالقسمة باقية على الصحة وإن قلنا بيع فوجهان بناء على الخلاف في بيع التركة المستغرقة بالدين وقد سبق (ومنها) لو ظهر فى القسمه غبن فاحش فان قلنا هى افراز لم يصح لتبين فساد الافراز وان قلنا بيع صحت وثبت فيها خيار الغبن ذكره في الترغيب والبلغة (ومنها) لو اقتسما داراً نصفين ظهر بعضها مستحقا فان قلنا القسمة افراز انتقضت القسمة لفساد الافراز وإن قلنا بيع لم ينتقض ويرجع على شريكه بقدر حقه في المستحق كما اذا قلنا بذلك فى تفريق الصفقة كما لو اشترى داراً فبان بعضها مستحقا ذكره الآمدى وفى المحرر ان كان المستحق معيناً وهو في الحصتين فالقسمة بحالها ولم يحك خلافا وذكر صاحب الكافى احتمالا بالبطلان بناء على عدم تفريق الصفقة إذا قلنا

هي بيع وإن كان المستحق معيناً في إحدى الحصتين أو شائعاً فيهما أو في أحدهما فثلاثة أوجه في المحرر أحدها تبطل والثانى لاتبطل والثالث تبطل بالاشاعة فى احديهما خاصة وهو ظاهر كلام القاضي والأول اختيار القاضى وابن عقيل مع قولهما بتفريق الصفقة قال الشيخ مجد الدين والوجهان الأولان فرع على قولنا بتفريق الصفقة فى المبيع فأما إن قلنا لاتفريق هناك بطلت هاهنا وجها واحداً وفي البلغة إذا ظهر بعض حصة أحدهما مستحقا انتقضت القسمة وان ظهرت حصتها على استواء النسبة وكان معينا لم ينتقض وإذا عللنا بفساد تفريق الصفقة بالجهالة وان عللناه باشتمالها على مالا يجوز بطلت وان كان المستحق مشاعاً انتقضت القسمة في الجميع على أصح الوجهين (ومنها) إذا مات رجل وزوجته حامل وقلنا لهـا السكنى فاراد الورثة قسمة المسكن قبل انقضاء العدة من غير إضرار بها بأن يعلموا الحدود بخط أو نحوه بغير نقص ولا بناء ففى المغنى يجوز ذلك ولم ينبه على الخلاف فى القسمة مع أنه قال لايصح بيع المسكن فى هذه الحال لجهالة مدة الحمل المستثناة فيه حكما وهذا يدل على أن هذا يغتفر فى القسمة على الوجهين ويحتمل أن يقال متى قلنا القسمة بيع وإن بيع هذا المسكن يصح لم تصح القسمة (ومنها) قسمة الدين في ذمم الغرماء فان قلنا القسمة إفراز صحت وان قلنا بيع لم تصح وقد حكى الأصحاب فى المسألة روايتين وهـذا البناء متوجه على طريقه من طرد الخلاف في قسمة التراضى كالشيخ تقى الدين رحمه الله تعالى مع أنه يميل إلى دخول الاجبار فيقسمة الدين على الغرماء المتقاربين في الملاءة لأن الذمم عندنا تتكافأ بدليل الاجبار على قبول الحوالة على الملى وخص القاضى وابن عقيل الروايتين بما إذا كان الدين فى ذمتين فصاعدا فان كان في ذمة واحد لم تصح قسمته رواية واحدة وانكر ذلك الشيخ مجد الدين ويشهد لقوله ان القاضى فى خلافه قال إذا قبض أحد الشريكين من الدين بأذن شريكه اختص بما قبضه وفرق في موضع آخر بين الدين الثابت بعقد فيختص أحد الشريكين بما قبضه منه ولو بغير إذن وبين الثابت بارث ونحوه فلا يختص وقد نص أحمد فى رواية ابن منصور على الاشتراك في ثمن الطعام المشترك ونص فى روايته على جواز القسمة بالتراضى فى الذمة الواحدة وسلك صاحب المغنى فى توجيه الروايتين فى المسألة طريقة ثانية وهى أن قبض أحد الشريكين من الدين المشترك هل هو قسمة للدين أو تعيين لحقه بالأخذ كالابراء فان قلنا هو قسمة لم يجز لاحدهما الانفراد بالقبض فان أذن الشريك فيه فوجهان أحدهما يصح وينفرد به القابض لأن الحق لشريكه وقد أسقطه والثانى لا يصح وهو قول أبى بكر لان حق الشريك فى الذمة لا فى عين المال فلا ينفع إذنه فى قبض الاعيان وفيه ضعف فان الاعيان هى متعلق حقه وكذلك يتعلق حقوق غرماء المفلس بماله وان قلنا ليس القبض قسمة جاز لأن حق الشريك فى الذمة ولا ينتقل إلى العين الا بقبض الغريم أو وكيله فقبض الشريك تعين لحقه لاغير فيختص به دون شريكه سواء كان باذن الشريك

أو بدونه وكذلك حكي صاحب المغني هذه الرواية وذكر عن أحمد مايدل عليها وقد أنكرها أبو بكر عبد العزيز ويتوجه عندى فى توجيه الروايتين طريقة ثالثة وهى أن أحد الشريكين إذا قبض من الدين فانما قبض حقه المختص به لكن ليس له القبض دون شريكه لاشتراكهما فى أصل الاستحقاق كغرماء المفلس فاذا قبض بدون اذن شريكه فهل لشريكه مقاسمته فيما قبضه أم لا على الروايتين فوجه المحاصة القياس على قبض بعض الشركاء من الاعيان المشتركة بدون قسمة كالمواريث أومن الاعيان المتعلق بها حقوقهم كمال المفلس ووجه عدم المحاصة أن المقبوض من الدين كله حق للقابض ولهذا لو أتلف فى يده كان من نصيبه ولم يضمن لشريكه شيئاً بخلاف القبض من الأعيان فعلى هذه الرواية لا فرق بين أن يقبض باذن الشريك أو بدونه وعلى الأولى إن قبض باذنه فهل له محاصه فيه على وجهين لان حقه فى المحاصة انما ثبت بعد القبض فهو كاسقاط الشفعة قبل البيع والله أعلم وقد يقال التراضى بقبض كل واحد منهما بعض الدين قسمة له لأن القسمة فى الاعيان تقع فى المحاسبة والأقوال فى المنصوص فكذا فى الديون وأما ان كان المشترك بعضه عيناً وبعضه ديناً فأخذ بعض الشركاء العين وبعضهم الدين وقد نص أحمد على جوازه مع الكراهة وحكاه عن ابن عباس وقال لا يكون الا فى الميراث وخرجه الشيخ مجد الدين على القول بجواز بيع الدين من غير الغريم لأن هذه القسمة بيع بغير خلاف عنده وعلى ماذكره الشيخ تقى الدين قد يطرد فيها الخلاف والله أعلم (ومنها) قبض أحد الشريكين نصيبه من المال المشترك المثلى مع غيبة الآخر وامتناعه من الأذن بدون اذن الحاكم وفيه وجهان سبق ذكرهما فى القواعد والوجهان على قولنا القسمة افراز فان قلنا هى بيع لم يجز وجهاً واحداً فاما غير المثلى فلا يقسم إلا مع الشريك أو من يقوم مقامه كالوصى والولى والحاكم (ومنها) لو اقتسما دارا فحصل الطريق فى نصيب أحدهما ولم يكن للآخر منفذ يتطرق منه فقال أبو الخطاب وصاحب المغنى والمحرر تبطل القسمة وخرج صاحب المغنى فيه وجهاً آخر انها تصح ويشتركان فى الطريق من نص أحمد على اشتراكهما فى مسيل الماء وقد ذكرنا ذلك فيما سبق فى القواعد ويتوجه أن يقال ان قلنا القسمة افراز بطلت وإن قلنا بيع صحت ولزم الشريك تمكينه من الاستطراق بناء على قول الاصحاب اذا باعه بيتاً من وسط داره ولم يذكر طريقا صح البيع واستتبع طريقه كما ذكره القاضى فى خلافه لو اشترط عليه الاستطراق فى القسمة صح قال الشيخ مجد الدين هذا قياس مذهبنا فى جواز بيع الممر (ومنها) لو حلف لايأكل مما اشتراه زيد فاشترى زيد وعمرو طعاماً مشاعاً وقلنا يحنث بالأكل منه فتقاسماه ثم أكل الحالف من نصيب عمرو فذكر الآمدى أنه لايحنث لان القسمة افراز

حق لابيع وهذا يقتضى أنه يحنث اذا قلنا هى بيع وقال القاضى قياس المذهب أنه يحنث مطلقاً لان القسمة لاتخرجه عن ان يكون زيدا اشتراه ويحنث عند أصحابنا با كل ما اشتراه زيد ولو انتقل الملك عنه إلى غيره وفى المعنى احتمال لايحنث هنا وعليه يتخرج أنه لايحنث اذا قلنا القسمة بيع .ونختم هذه الفوائد بذكر فائدتين بل قاعدتين يكثرذ كرهما فى مسائل الفقه وانتشر فروعهما انتشاراً كثيراً ونذكر ضوابطهما واقسامهما

٢٠ ــ [العشرون] الفائدة الأولى التصرفات للغير بدون اذنه هل تقف على إجازته أم لا ويعبر عنها بتصرف الفضولى وتحتها أقسام (القسم الأول) أن تدعو الحاجة إلى التصرف فى مال الغير أو حقه ويتعذر استئذانه اما للجهل بعينه أو لغيبته ومشقة انتظاره فهذا التصرف مباح جائز موقوف على الاجازة وهو فى الاموال غير مختلف فيه فى المذهب وغير محتاج إلى اذن حاكم على الصحيح وفى الابضاع مختلف فيه غير أن الصحيح من المذهب جوازه أيضا وفى افتقاره إلى الحاكم خلاف فاما الأموال فكالتصرف باللقطة التى لاتملك وكالتصدق بالودائع والغصوب التى لاتعرف ربها أو انقطع خبره وقد سبق فى القواعد استقصاء هذا النوع ويكون ذلك موقوفا فان أجازه المالك وقع له أجره وإلا ضمنه المتصرف وكان أجره له صرح به الصحابة رضى الله عنهم وأما الابضاع فتزويج امرأة المفقود إذا كانت غيبته ظاهرها الهلاك فان امرأته تتربص أربع سنين ثم تعتد وتباح للازواج وفى توقف ذلك على الحاكم روايتان واختلف فى مأخذهما فقيل لأن أمارات موته ظاهرة فهو كالميت حكما وقيل بل لأن انتظاره يعظم به الضرر على زوجته فيباح لها فسخ نكاحه كما لوضارها بالغيبة وامتنع من القدوم مع المراسلة وعلى هذين المأخذين ينبنى أن الفرقة هل تبطل ظاهراً وباطناً أو ظاهراً فقط وتبنى الاختلاف فى طلاق المولى لها وله مأخذ ثالث وهو الأظهر وهو أن الحاجة دعت هنا الى التصرف فى حقه من بضع الزوجة بالفسخ عليه فيصح الفسخ ويزوجها بغيره ابتداء للحاجة فان لم يظهر فالأمر على ماهو عليه وإن ظهر فان ذلك موقوف على إجازته فاذا قدم فان شاء أمضاه وان شاء رده .والقسم الثانى أن لاتدعو الحاجة الى هذا التصرف ابتداء بل الى صحته وتنفيذه بان تطول مدة التصرف وتكثر ويتعدد استرداد أعيان أمواله فالاصحاب فيه طريقان أشهرهما أنه على الخلاف الآتى ذكره والثانى أنه ينفذها هنا بدون اجازة دفعا لضرر المالك بتفويت الربح وضرر المشترى بتحريم ماقبضوه بهذه العقود وهذه طريقة صاحب التلخيص فى باب المضاربة وصاحب المغنى فى موضع منه والقسم الثالث أن لاتدعو الحاجة الى ذلك ابتداء ولا دواماً فهذا القسم فى بطلان التصرف فيه من أصله ووقوفه على اجازة المالك وتنفيذه

روايتان معروفتان واعلم أن لتصرف الشخص فى مال غيره حالتان (احداهما) أن يتصرف فيه لمالكه فهذا محل الخلاف الذى ذكرناه وهو نائب فى التصرف فى ماله بالبيع والاجارة ونحوهما . وأما فى النكاح فللأصحاب فيه طريقان أحدهما اجراؤه على الخلاف وهو ماقال القاضى والأكثرون والثانى الجزم ببطلانه قولا واحداً وهو طريق أبى بكر وابن أبى موسى ونص أحمد على التفريق بينهما فى رواية ابن القاسم فعلى هذا لو زوج المرأة أجنبى ثم اجاز الولى لم ينفذ بغير خلاف كما لو زوجت المرأة نفسها نعم لو زوج غير الأب من الأولياء الصغيرة بدون اذنها أو زوج الولى الكبيرة بدون اذنها فهل يبطل من أصله أويقف على إجازتها على روايتين ذكر ذلك ابن أبى موسى (الحالة الثانية) أن يتصرف لنفسه وهو الغاصب ومن يتملك مال غيره لنفسه فيجيزه له المالك فاما الغاصب فذكر أبو الخطاب فى جميع تصرفاته الحكمية روايتين احداهما البطلان و الثانية الصحة قال وسواء فى ذلك العبادات كالطهارة والزكاة والحج والعقود كالبيع والاجارة والنكاح وعلى ذلك جماعة ممن بعده ثم منهم من أطلق هذا الخلاف غير مقيد بالوقف على الاجازة ومنهم من قيده بها كالقاضى فى خلافه وابن عقيل وصاحب المغنى فى موضع من كلامهما فان أريد بالصحة من غير وقف على الاجازة وقوع التصرف من المالك وإفادة ذلك للمالك له فهو الطريق الثانى فى القسم الثانى الذى سبق ذكره وان أريد الوقوع للغاصب من غير إجازة ففاسد قطعاً فى صورة شراءه فى الذمة إذا نقد المال من المغصوب فان الملك ثبت له فيها نص عليه فى رواية المروذى ولا ينافى ذلك قولنا إن الربح للمالك لأنه فائدة ماله ويلزمه فيختص به وإن كان أصل الملك لغيره صرح به القاضى فى خلافه ومن فروع ذلك فى العبادات المالية لوأخرج الزكاة عن ماله من مال حرام فالمشهور أنه يقع باطلا وحكى عن أحمد أنه إن أجازه المالك أجزأته والا فلا (ومنها) لو تصدق الغاصب بالمال فانه لاتقع الصدقة له ولايثاب عليه قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لايقبل الله صلاة بغير طهور ولا صدقة من غلول ولايثاب المالك على ذلك أيضا لعدم نسبته اليه ذكره ابن عقيل فى فنونه ونقل نحوه عن سعيد بن المسيب ومن الناس من قال يثاب المالك عليه ورجحه بعض شيوخنا هذا الذى تولد من مال اكتسبه فيؤجر وان لم يقصده كما يؤجر على المصائب التى تولد له خيرا وعلى عمل ولده الصالح وعلى ماينتفع به الناس والدواب من زرعه وثماره (ومنها) لو غصب شاة فذبحها لمتعته أو قرانه مثلا فانه لايجزئه صرح به الأصحاب ونص عليه أحمد فى رواية على بن سعيد لأن أصل الذبح لم يقع قربة من الابتداء فلا ينقلب قربة بعده كما لو ذبحها للحمها ثم نوى بها المتعة وحكى الأصحاب رواية موقوفة على إجازة المالك كالزكاة ونص أحمد على الفرق بين أن يعلم أنها

لغيره فلا تجزيه وبين أن يظنها لنفسه فتجزيه فى رواية ابن القاسم وسندى وسوى كثير من الأصحاب بينهما فى حكاية الخلاف ولايصح (ومنها) لو أنكح الأمة المغصوبة وفى وقفه على الأجازة الخلاف وعلى طريقة أبى بكر وابن أبى موسى هو باطل قولا واحدا ويبعد هاهنا القول بنفوذه مطلقاً بدون اجازة بل هو باطل مخالف لنص السنة ولنصوص أحمد المتكاثرة وأما من يتملك مال غيره لنفسه بعوض أو غيره فيجيزه المالك فهو شبيه بتصرف الفضولى المحض فيخرج على الخلاف فيه . ومن صور ذلك ماإذا قال عبد فلان حر فى مالى فاجازه المالك فالمنصوص عن أحمد أنه لاينفذ وخرج ابن أبى موسى وجهابنفوذه بالاجازة ويلزمه ضمانه (القسم الرابع) التصرف للغير فى الذمة دون المال بغير ولاية عليه فان كان بعقد نكاح ففيه الخلاف السابق وان كان ببيع ونحوه مثل أن يشترى فى ذمته فطريقان أحدهما أنه غير الخلاف أيضاً قاله القاضى وابن عقيل فى موضع وأبو الخطاب فى الانتصار . والثانى الجزم بالصحة هاهنا قولا واحدا ثم إن أجازه المشترى له ملكه والا لزم من اشتراه وهو قول الخرقى والاكثرين وقال القاضى فى موضع آخر وابن عقيل يصح بغير خلاف لكن هل يلزم المشترى ابتداء أو بعد رد المشترى له عى روايتين واختلف الأصحاب هل تفتقر الحال بين أن يسمى المشترى له فى العقد أم لا فنهم من قال لافرق بينهما منهم ابن عقيل وصاحب المغنى ومنهم من قال إن سماه فى العقد فهو كما لو اشترى له بعين ماله ذكره القاضى وأبو الخطاب فى انتصاره فى غالب ظنى وابن المنى (كذا) وهو مفهوم كلام صاحب المحرر (القسم الخامس) التصرف فى مال الغير باذنه على وجه تحصل فيه مخالفة الاذن وهو نوعان أحدهما أن تحصل مخالفة الاذن على وجه يرضى به عادة بأن يكون التصرف الواقع أولى بالرضا به من المأذون فيه فالصحيح أنه يصح اعتبارا فيه بالآذن العرفى (ومن صور ذلك) ما لو قال بعه بمائة فباعه بثمانين فانه يصح . و كذلك لو قال اشترى لى بمائة فاشترى له بثمانين (ومنها) لو قال له بعه بمائة نسيئة فباعه بمائة نقدا فانه يصح (ومنها) لو قال بعه بمائة درهم فباعه بمائة دينار فانه يصح على الصحيح وفيه وجه لايصح لمخالفته فى جنس النقد (ومنها) لوقال بع هذه الشاة بدينار فباعها بدينار وثوب أو ابتاع شاة وثوباً بدينار فانه يصح قال القاضى هو المذهب ثم ذكر احتمالا أنه يبطل فى الثوب بحصته من الشاة لانه من غير الجنس (ومنها) لو أمر أن يشترى له شاة بدينار فاشترى شاتين بالدينارين تساوى كل واحدة منهما دينارا فانه يصح لذلك فان باع إحداهما بدون إذنه ففيه طريقان . أحدهما أنه يخرج على تصرف الفضولى . والثانى وجها واحدا [وهو المنصوص عن أحمد لخبر عروة بن الجعد ولأن ما فوق الشاة المأمور بها لم يتعين أنه صحيح

فصار موكولا الى نظره وما يراه (النوع الثانى) أن يقع التصرف مخالفا للاذن على وجه لايرضى به الآذن عادة مثل مخالفة المضارب والوكيل فى صفقة العقد دون أصله كأن يبيع المضارب نسأ على قولنا بمنعه منه أو يبيع الوكيل بدون ثمن المثل أويشترى باكثر منه أو يبيع نسأ أو بغير نقد البلد صرح القاضى فى المجرد باستواء الجميع فى الحكم فللاصحاب هاهنا طرق أحدها أنه يصح ويكون المتصرف ضامنا للمالك وهو اختيار القاضى فى خلافه ومن اتبعه فى المخالفة فى الثمن لان التصرف هنا مستند أصله الى اذن صحيح وانما وقعت المخالفة فى بعض أوصافه فيصح العقد باصل الاذن ويضمن المخالف لمخالفته فى صفته وعلى هذا فلا فرق بين أن يبيع الوكيل بدون ثمن المثل أو يشترى باكثر منه على المنصوص فى رواية ابن منصور ومن الاصحاب من فرق بينهما وأبطله فى صورة الشراء كصاحب المغنى والسامرى ولافرق أيضا بين أن يقدر له الثمن أولا على أصح الطريقين وصرح به القاضى وغيره ونص أحمد على ذلك فى رواية الاثرم وابى داود وابن منصور والثانى أنه يبطل العقد مع مخالفته التسمية لمخالفة صريح الاذن بخلاف ماإذا لم يسمه فانه إنما خالف دلالة العرف ومن قال ذلك القاضى فى المجرد وابن عقيل فى فصوله وفرق القاضى فى خلافه وكثير من الاصحاب بين البيع نسأ وبغير نقد البلد فابطلوه فيهما بخلاف نقص الثمن وزيادته وفرقوا بان المخالفة فى النساء وغير نقد البلد وقعت فى جميع العقد وفى النقص والزيادة فى بعضه وفيه ضعف وقد نص أحمد على التفريق بينهما فى رواية ابن منصور. والطريقة الثانية أن فى الجميع روايتين احداها الصحة والضمان والثانية البطلان وهى طريقة القاضى فى المجرد وابن عقيل وصححا رواية البطلان وتأولا رواية الضمان على بطلان العقد وأن العين تعذر ردها فيأخذ المالك الثمن ويضمن المشترى مانقص من قيمة السلعة من الثمن وهذا بعيد جداً وهو مخالف لصريح كلام أحمد وحاصل هذه الطريقة أن هذه المخالفة تجعله كتصرف الفضولى سواء وظاهر كلام الخرقى فى الوقف هاهنا عن الاجازة دون المخالفة لأصل العقد مثل أن يشترى بعين ماله مالم يأذن له فى شرائه فانه صرح فى البطلان هاهنا وجعله كتصرف الفضولى المحض ونص أحمد فى رواية عبدالله وصالح فيمن أمر رجلا أن يشترى له شيئاً فخالفه كان ضامنا فان شاء الذى أعطاه ضمنه وأخذ مادفعه اليه وان شاء أجاز البيع فان كان فيه ربح فهو لصاحب المال على حديث عروة البارق وهذا نص للوقف بالمخالفة الاأنه لم يقيده بالمخالفة بالصفة والطريقة الثالثة أن فى البيع بدون ثمن المثل وغير نقد البلد اذا لم يقدر له الثمن ولاعين النقد روايتان البطلان كتصرف الفضولى والصحة ولا يضمن الوكيل شيئاً لأن اطلاق العقد يقتضي البيع بأي ثمن كان وأي نقد كان بناء على أن

الأمر بالماهية الكلية ليس أمرا بشيء من جزئياتها والبيع نساء كالبيع بغير نقد البلد وهذه طريقة سلكها القاضي في المجرد وابن عقيل أيضا في موضع آخر وهي بعيدة جداً لمخالفته لمنصوص أحمد وكذلك حكم المخالفة في المهر فلو أذنت المرأة لوليها أن يزوجها بمهر سمته فزوجها بدونه فانه يصح ويضمن الزيادة نص عليه أحمد في رواية ابن منصور وحكى الأصحاب رواية أخرى أنه يسقط المسمى ويلزم الزوج مهر المثل وكذا لو لم يسمى المهر فان الاطلاق ينصرف الى مهر المثل ويستثنى من ذلك الأب خاصة فانه لا يلزم في عقده سوى المسمى ولو لم تأذن فيه أو طلبت تمام المهر نص عليه في رواية مهنا وأما المخالفة في عوض الخلع إذا خالع وكيل الزوجة بأكثر من مهر المثل أو وكيل الزوج بدونه فيه ثلاثة أوجه البطلان وهو قول ابن حامد والقاضي والصحة وهو قول أبي بكر ومنصوص أحمد والبطلان بمخالفته وكيله والصحة بمخالفة وكيلها وهو قول أبي الخطاب ومع الصحة يضمن الوكيل الزيادة والنقص وهذا الخلاف من الأصحاب منهم من أطلقه مع تقدير المهر وتركه ومنهم من خصه بما إذا وقع التقدير فاما مع الاطلاق فيصح الخلع وجهاً واحداً وفيه وجهان آخران ذكرهما القاضي أحدهما يبطل المسمى ويرجع إلى مهر المثل والثاني يخير الزوج بين قبول العوض ناقصاً ولا شيء له غيره ويسقط حقه من الرجعة وبين رده على المرأة ويثبت له الرجعة وفي مخالفة وكيل الزوجة وجه آخر أنه يلزمها أكثر الأمرين من المسمى ومهر المثل ذكره ابن البنا (القسم السادس) التصرف للغير بمال المتصرف مثل أن يشتري بعين ماله سلعة لزيد ففي المجرد يقع باطلا رواية واحدة ومن الاصحاب من خرجه على الخلاف في تصرف الفضولي وهو أصح لأن العقد يقف على الاجازة ويعتبر الثمن من ماله يكون إقراضاً للمشتري له أو هبة له فهو كمن أوجب لغيره عقد في ماله فقبله الآخر بعد المجلس وقد نص أحمد على صحة مثل ذلك في النكاح في رواية أبي طالب والصحيح في توجيهها أنها من باب وقف العقود على الاجازة وهو مأخذ ابن عقيل وغيره فعلى هذا لا فرق في ذلك بين عقد وعقد فكل من أوجب عقد الغائب عن المجلس فبلغه فقبله فقد أجازه وأمضاه ويصح على هذه الرواية ويرى أبو بكر رواية أخرى أنه لا يصح الا في مجلس واحد واختارهـــا

٢١ — [الحادية والعشرون] (الفائدة الثانية) الصفقة الواحدة هل تتفرق فيصح بعضها دون بعض أم لا فاذا بطل بعضها بطل كلها في المسالة روايتان أشهرهما أنها تتفرق والمسالة تصور أحدها أنه يجمع العقدين ما يجوز العقد عليه وما لا يجوز بالكلية اما مطلقاً أو في تلك الحال فيبطل العقد فيما لا يجوز عليه العقد بانفراده وهل يبطل في الباقي على الروايتين ولا فرق في ذلك بين عقود المعاوضات وغيرها كالرهن والهبة والوقف ولا بين ما يبطل بجهالة عوضه كالمبيع وما لا يبطل كالنكاح فان النكاح فيه روايتان

منصوصتان عن أحمد غير أن صاحب المغنى اختار أن البيع اذا كان الثمن منقسما عليه بالقيمة كعبدين احدهما مغصوب أنه لا يصح العقد فيهما تعليلا بجهالة العوض بخلاف ما يقسم الثمن عليه بالاجزاء كقفيز من صبرة واحدة وهذا مأخذ البطلان وراء تفريق الصفقة كما قالوا فيما اذا باع معلوماً ومجهولا انه لا يصح رواية واحدة لجهالة الثمن فهذا هو المانع هنا من تفريقها وفى التلخيص أن للبطلان فى الكل مأخذين أحدهما كون الصفة لا تقبل التجزء والانقسام والثانى جهالة العوض قال فعلى الأول يطرد الخلاف فى كل العقود وعلى الثانى لا يطرد فيما لا عوض فيه أو لا يفسد بفساد عوضه كالنكاح قال وعلى الأول لو قال يقبل كل واحد بكذا لم يصح ويصح على الثانى انتهى ثم انه حكى فى تعدد الصفقة تفصيل الثمن وجهين وصحح بعددها فعلى هذا يصح فى قوله يقبل كل واحد بكذا على المأخذين ثم انه اختار أن المتبايعين إن علما أن بعض الصفقة غير قابل للبيع لم يصح رواية واحدة لأنهما دخلا على جهالة الثمن وان جهلا ذلك فهو محل الروايتين لأن الجهل بمثل ذلك تأثير فى الصحة كما لو شرى المبيع الذى لا يسقط إرشه بعد العتق وهذا ضعيف فان البائع علم بالعيب فى العقد ولا يمنع الصحة وكذا فى بيع النجش واختار البائع بزيادة على الثمن عمداً فان البيع يصح فى ذلك كله ويسقط بعض الثمن وهاهنا طريقة ثانية لدفع جهالة الثمن وهى تقسيطه على عدد المبيع لا على القيم ذكره القاضى وابن عقيل وجها فى باب الشركة والكتابة من المجرد والفصول فيما اذا باع عبدين أحدهما له والآخر لغيره ان الثمن يتقسط عليهما نصفين كما لو تزوج امرأتين فى عقد وهذا بعيد جداً ولا أظنه يطرد الا فيما اذا كانا جنسا واحداً . وذكرا فى باب الضمان من كتابيهما طريقة ثالثة وهى أنه يمسك ويصح العقد عليه بكل الثمن أو يرده وهذا فى غاية الفساد اللهم الا أن يخص هذا بمن كان عالما بالحال ، وأن بعض المعقود عليه لا يصح العقد عليه فيكون قد دخل على بذل الثمن فى مقابلة ما يصح عليه العقد خاصة كما نقول فيمن أوصى لحى وميت يعلم موته بشىء ان الوصية كلها للحى . ولبعضهم طريقة أخرى فى المسألة وهى ان كان مما لا يجوز عليه العقد غير قابل للمعاوضة بالكلية كالطريق بطل البيع لأنه غير قابل للتحول بالكلية وقياسه الحر وان كان قابلا للصحة ففيه الخلاف . ذكره الأزجى ولا يثبت ذلك فى المذهب . وعلى القول بالتفريق فللمشترى الخيار اذا لم يكن عالما بتبعيض الصفقة عليه وله أيضاً الارش اذا أمسك بالقسط فيما ينقص بالتفريق كالعبد الواحد والثوب الواحد ذكره صاحب المغنى فى الضمان الصورة الثانية ان يكون التحريم فى بعض أفراد الصفقة ناشئا من الجمع بينه وبين الآخر فهاهنا حالتان إحداهما أن يمتاز بعض الافراد بمزية فهل يصح العقد بخصوصه أم يبطل فى الكل فيه

خلاف والاظهر صحة ذى المزية (فمن أمثلة صور ذلك) ما اذا اجتمع عقد نكاح بين أم وبنت فهل يبطل فيهما أو يصح فى البنت لصحة ورود عقدها على عقد الأم من غير عكس على وجهين (ومنها) لو جمع حر واجد للطول أو غير خائف للعنت بين حرة وأمة فى عقد ففيه روايتان منصوصتان إحداهما يبطل النكاحان معا الثانية يصح نكاح الحرة وحدها وهى أصح لأنها تمتاز بصحة ورود نكاحها على نكاح الأمة من غير عكس فهى كالبنت مع الام وأولى لجواز دوام نكاح الأمة معها على الصحيح أيضا (ومنها) أن يتزوج حر خائف للعنت غير واجد لطول حرة تعفه بافرادها وأمة فى عقد واحد وفيه وجهان . أحدهما يصح نكاح الحرة وحدها وهو ظاهر كلام القاضى فى المجرد لأن الحرة تمتاز على الامة بصحة ورود نكاحها عليها فاختصت بالصحة . والثانى يصح نكاحهما معا قال القاضى وأبو الخطاب فى خلافيهما لأن له فى هذه الحال قبول نكاح كل واحدة منهما على الانفراد فيصح الجمع بينهما كما لو جمع بين أمة ثم حرة . والأول أصح لأن قدرته على نكاح الحرة تمنعه من نكاح الأمة فمقارنة نكاح الحرة أولى بالمنع . أما اذا كان المتزوج عبداً وقلنا يمنعه من نكاح الامة على الحرة التى تعفه ففيه وجهان . أحدهما أنه كالحر سواء قاله القاضى فى الجامع وصاحب المحرر . والثانى يصح جمعه بينهما فى عقد بغير خلاف و [. . . . . .] (١) وصاحب المغنى لأن العبد لا تمنعه القدرة على نكاح الحرة من نكاح الامة [. . . .] مقارنة نكاحهما وانما يمنع بسبق نكاح الحرة . الحالة الثانية أنه لا يمتاز بعضها عن بعض بموته فالمشهور البطلان فى الكل اذ ليس بعضها اولى ببعض فى الصحة مثل أن يتزوج أختين فى عقد أو خمسا فى عقد فالمذهب البطلان فى الكل نص عليه أحمد فى رواية صالح وأبى الحارث ونقل عنه ابن منصور اذا تزوج اختين فى عقد يختار احداهما وتأوله القاضى على أنه يختارها بعقد مستأنف وهو بعيد . وخرج القاضى فيما اذا زوج الوليان من رجلين وقعا معا أنه يقرع بينهما فمن أقرع فهى زوجته ويخرج هنا أمثلة . الصورة الثالثة أن يجمعا فى صفقة شيئين يصح العقد فيهما أم يبطل العقد فى أحدهما قبل استقراره فانه يختص بالبطلان دون الآخر . قال القاضى وابن عقيل رواية واحدة لأن التفريق وقع هنا دواما لا ابتداء والدوام أسهل من الابتداء ومع هذا فقد حكموا فيما اذا تفرق المتصارفان عن قبض بعض الصرف أنه يبطل العقد فيما لم يقبض وفى الباقى روايتان . تفريق الصفقة وهذا تفريق فى الدوام الا أن يقال القبض فى الصرف شرط لانعقاد العقد لا لدوامه وأن العقد مراعى بوجوده صرح به جماعة من الأصحاب فيكون التفريق

(١) محل الاصفار بياض بالاصل متآكل مكانه ولم نعثر عليه

حينئذ فى الابتداء غير ان القاضى حكى الخلاف فى تفريق الصفقة فى السلم والصرف تصريحه فى المسألة بأن القبض شرط للدوام دون الانعقاد وهذا يقتضى ولا بد تخريج الخلاف فى تفريق الصفقة دواما قبل استقرار العقد . وذكر أبو بكر الشامى أن مال الزكاة اذا بيع ثم أعسر البائع بالزكاة فللساعى الفسخ فى قدرها فاذا فسخ فى قدرها فهل ينفسخ الباقى يخرج على روايتى تفريق الصفقة وهذا تصريح باجراء الخلاف فى التفريق فى الدوام فان انفسخ هنا بسبب سابق على العقد فلا يستقر العقد معه فهذا فى البيع ونحوه فأما فى النكاح فان طرأ ما يقتضى تحريم إحدى المرأتين بعينها كردة ورضاع اختصت بانفساخ النكاح وحدها بغير خلاف وان طرأ مايقتضى تحريم الجمع بينهما فان لم يكن لأحديهما مزية بأن صارتا أما وبنتا بالارتضاع فروايتان أصحهما يختص الانفساخ بالأم وحدها اذا لم يدخل بهما لأن الاستدامة أقوى من الابتداء فهو كمن أسلم على أم وبنت لم يدخل بهما فانه يثبت نكاح البنت دون الأم والله أعلم .

وجد فى آخر النسخة مانصه

الحمد لله كثيرا بلا انتهاء وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما كثيرا دائما الى يوم الدين وحسبنا الله ونعم الوكيل ولا حول ولا قوة الى بالله العلى العظيم تمت القواعد بتجديد مالكها الفقير الى الله تعالى محمد بن احمد بن سيف الحنبلى غفر الله له ولو الديه ومشايخه فى الدين أمين

فهـــرس كتاب

القواعد

للحافظ أبي الفرج عبد الرحمن بن رجب الحنبلي المتوفى سنة ٧٩٥

الحمد لله وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم

وبعد : فقد فكرت كثيرا فى ترتيب فهرس كتاب القواعد (هذا) حين قارب الطبع التمام وكان خطر لى أن ارتبة (أولا) على القواعد حسب وضع المؤلف ، الاولى ثم التى تليها وهكذا الى الآخر وكان معنى ذلك ان آتى بملخص القاعدة وفى ذلك من الصعوبة والطول ثم اغماض المسائل المندرجة تحت تلك القواعد ، ثم فكرت (ثانيا) فى استخراج مسائله مرتبة على الابواب كما صنع مبوب كتاب الاشباه والنظائر للعلامه ابن نجيم. وترددت بين هذا وذاك حتى ظفرت بنسخة وصلتنى من نابلس وفى آخرها فهرس لمسائله على الابواب وضعه العلامة جلال الدين نصر الله البغدادى الحنبلى فأسرعت فى الشروع فيه اتماما للفائدة وهذا نص مقدمته:

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين وصلى الله على سيدنا محمد خاتم النبيين وعلى آله وصحبه الطاهرين وسلم تسليما كثيرا الى يوم الدين (وبعد) فانه لما كان كشف المسائل من كتاب تقرير القواعد وتحرير الفوائد للشيخ الامام العلامة زين الدين بن رجب الحنبلى تغمده الله برحمته مطولا ، اجتهدت فى جمع مسائله حسب الامكان ورتبتها على ابواب الفقه من تشاكل المسائل ومناسبة بعضها بعضا لا على ترتيب أصل الكتاب وذلك لتسهيل الكشف ، فاذا اردت أن تعرف المسألة من أى القواعد هى فانظر الى حروف الجمل الصغيرة مرموزة بالاحمر عقيب كل مسألة

مثال ذلك إذا كان عقيب المسألة ق ن ج فاعلم أن القاف بمائة والنون بخمسين والجيم بثلاثة فاطلب القاعدة الثالثة والخمسين بعد المائة تجد المسألة فى القاعدة المذكورة(١) ان شاء الله تعالى

---

(١) أبدلت تلك الحروف بالارقام كما تجد ذلك فى صفحات الفهرس وقد زدنا رقم الصفحات فالارقام التى على اليمين تشير الى الصفحات والتى على اليسار تشير الى القواعد

باب المياه والآنية

ابواب الوضوء والغسل والتيمم والمسح

باب الجنائز

باب الــــزكاة

كتاب الصيام

كتاب الحج

كتاب البيع

باب بيع الاصول والثمار

باب السلم

باب الرهن

باب الحجر والتفاليس

باب الصلح

باب الحوالة والضمان

باب الشركة

باب الوكالة

باب إحياء الموات

باب الجعالة

باب الوقف

كتاب الفيء والصدقة

كتاب النكاح وما يتعلق به

باب الخلع والطلاق والرجعة

(١) كذا وفى الأصول بالكناية

كتاب العدد

(١) فى الأصل فى السفينة

أبواب الايمان ، والنذور ، والكفارات

باب القضاء والشهادات وما يتعلق به

فصل

وهذه المسائل الملحقة بالقواعد وعدتها إحدى وعشرون مشتهرة فيها اختلاف فى المذهب ينبنى على الاختلاف فيها فوائد متعددة مذكورة فى كل مسألة

والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

واليه المرجع والمآب

تم الكتاب والحمد لله

